





CIENCIA

DE LA LEGISLACION

ESCRITA EN ITALIANO

POR EL CABALLERO

CAYETANO FILANGIERI.

TRADUCIDA AL CASTELLANO.

TOMO VI.

MADRID

IMPRENTA QUE FUÉ DE FUENTENEBRO.

1813.

Ουκ εϛιν ȣδεν κρειττον η νομοι πολει καλως τιθεντες.

Nihil est civitati præstantius quam leges recte positæ. Eurip. in Supplicib.

DISCURSO PRIMERO

DEL TRADUCTOR

SOBRE LOS DELITOS Y PENAS.

Si los hombres observáran con puntualidad los pactos que han hecho con la sociedad no habria delitos, y ésta no se veria en la necesidad de usar de su derecho para defender á los injuriados, imponiendo las penas correspondientes á los delincuentes. Inclinados naturalmente á la independencia, y arrastrados de sus pasiones, el malvado no quiere sujetarse á una autoridad superior, ni sufrir el freno que las leyes le imponen. Conoce que solo

puede ser feliz, y gozar de la seguridad que desea viviendo en la dependencia en el estado social; y que sus leyes no prescriben sino lo que conviene á todos, y á cada uno en particular; pero mas quiere sacudir este yugo y ponerse en la libertad que tenia ántes de entrar en la sociedad, que gozar de las ventajas que esta le ofrece.

Quiere vivir seguro, y que los demas sujeten sus pasiones al freno de las leyes; mas él no quiere reconocer mas ley que su voluntad. Por esta razon la sociedad, que ha puesto á todos los ciudadanos baxo su proteccion, se sirve de la fuerza comun para obligarle á que observe las leyes, y cumpla con las obligaciones que ha contraido. Se arma contra él, le persigue, y por el derecho de defensa que todos tenian ántes de entrar en la sociedad y por sus pac-

tos le trasladaron, se defiende á sí, y á todos los particulares de las injurias y agravios que otros les hacen. Le castigan imponiéndole penas que le priven de los derechos que habia adquirido por sus pactos, puesto que los ha violado; y así se queda sin seguridad ni tranquilidad, porque la sociedad solo se la habia prometido con la condicion que obedeceria á sus leyes. Le quita la vida, el honor, los bienes, y las prerogativas y derechos de ciudadano, si por sus delitos ha violado todos aquellos pactos que le aseguraban estos derechos.

Se ha hecho enemigo de la patria, y la sociedad le persigue como tal, y le hace sufrir la pena que le pone en la impotencia de poderla dañar recayendo en el mismo delito, y atemorizando á los demas ciudadanos para que no imi-

ten su exemplo. Tal es el derecho que tiene la sociedad civil en virtud de los pactos con que se ha formado. Derecho de conservarse y de servirse de todos los medios necesarios para este fin; por consiguiente de establecer las leyes penales que prescriben las penas proporcionadas á los delitos que intentan destruirla. Derecho de defenderse, que nace del antecedente; y por consiguiente de usar de la fuerza para hacer desistir al agresor de la violencia. Derecho de castigarle por la injuria que le ha hecho violando sus pactos. Estos derechos los tenian los hombres en el estado natural, y los han trasladado á la sociedad para que en nombre de todos, y con la fuerza comun, los exerza con el fin de gozar de la seguridad y tranquilidad, sin la qual no pueden ser felices.

Quando la ley impone estas pe-

nas, no lo hace para vengarse de la injuria, pues la venganza es una pasion, y la ley está libre de ellas; ni para la expiacion del delito; pues no conociendo ni la ira, ni el odio, ni la indignacion, no necesita ser aplacada: no tiene delante de sus ojos sino el bien de la sociedad y el interes de los particulares. Quiere solamente impedir que el delincuente continúe haciendo injurias á la sociedad, y apartar á los otros, por el miedo del castigo, que imiten su exemplo.

Este es el fin de las penas, y el legislador no debe servirse en la determinacion de ellas sino de aquella severidad que sea suficiente para conservar y defender la seguridad pública, y reprimir y contener á los malvados. Como en el estado natural los hombres no podian servirse para su defensa sino de los

medios necesarios para repeler al agresor, y obligarle á que desistiera de hacerles injuria, y en excediéndose de estos límites que la naturaleza les habia impuesto, obraban sin derecho, y hacian violencia é injuria á los agresores; de la misma manera la sociedad, que no tiene mas derecho que el que los particulares le han dado, no puede usar sino de aquellos medios que sean suficientes para repeler las injurias públicas y particulares, y conservar su seguridad y tranquilidad. Y así si los medios suaves son suficientes, no puede servirse de los severos y violentos sin una notoria injusticia.

Hay diferentes especies de penas que corresponden á la diversidad de los delitos. Todo delito es la violacion de algun pacto, y la pena es la privacion de algun derecho. Todo ciudadano en la sociedad tiene

sus derechos, que se refieren á diferentes objetos; y así pueden dividirse en diferentes clases, como tambien las penas que son la privacion de estos derechos. Los derechos de que el hombre goza en la sociedad tienen por objeto la vida, el honor, la propiedad personal y las prerogativas de ciudadano. Por donde se ve que estos derechos pueden reducirse á cinco clases, y á otras tantas las penas que les corresponden, ó la privacion de ellos. Es á saber, á penas capitales, infamantes, pecuniarias, privativas ó suspensivas de la libertad personal, ó de las prerogativas cívicas.

La pena mas grave es la de la muerte, que la sociedad tiene derecho de imponer al que injustamente quita la vida á otro, ó turba el órden público para destruir el gobierno. En el estado natural el hom-

bre tenia derecho para conservarse, y en virtud de este derecho podia defenderse y servirse de todos los medios necesarios para su conservacion. Si otro le acometia para quitarle la vida injustamente, es indudable que el derecho de conservarse le daba facultad para defenderse, y si no podia conservarse sino quitando la vida al injusto agresor, tenia derecho de quitársela, y en estas circunstancias el agresor no lo tenia para conservar su vida, porque es imposible que subsistan á un mismo tiempo estos dos derechos que se excluyen mútuamente. Luego el agresor injusto, en el estado natural, por su delito pierde el derecho á la vida, y el acometido lo adquiere para quitársela por la ley de naturaleza, que es invariable.

Quando los hombres entran en la sociedad civil depositan en ella todos

sus derechos para que los tengan mas bien guardados y mas seguros. Si el agresor desnaturalizado é impío mata al infeliz que acomete, por haber cometido esta maldad exêcrable no recobra el derecho de vivir que habia ya perdido desde que empezó á executarla; ni se ha extinguido el derecho de matarle por la muerte violenta que ha sufrido el ciudadano injustamente asaltado ó acometido. La sociedad, encargada de la defensa de los particulares, y depositaria de sus derechos, conserva siempre el de quitar la vida al que injustamente haya dado la muerte á otro: ella tiene la fuerza destinada para asegurar la propiedad de todos los individuos, reprimir las empresas de los que sin respeto de los pactos y de las leyes quieran atacarlas y castigar sus delitos. Es, pues, evidente que tiene derecho de castigar con

la pena de muerte á los ciudadanos que violando las leyes hayan cometido delitos contra los quales tengan establecida esta pena, usando de un remedio tan violento con mucha moderacion, porque su abuso puede ser muy perjudicial á los ciudadanos, causar daños irreparables á la sociedad, y llevarla á su ruina.

En algunas naciones de Europa donde se ha hecho un abuso muy considerable de esta pena, se han experimentado los mas tristes efectos. Los delitos mas atroces se han multiplicado, otros ménos graves han quedado impunes; y el vigor de las penas se ha debilitado. En aquellos paises donde el hurto se ha castigado con la pena de muerte, los ladrones han cometido con mucha facilidad los asesinatos, matando á los mismos que robaban para ocultar mejor sus delitos, puesto

que por esto no habian de sufrir mayor pena. Los delitos ménos graves quedan impunes quando la ley es demasiado severa, porque la humanidad, las costumbres y la opinion pública reclaman contra su ferocidad; y si el legislador, sordo á estos gritos, no quiere abolirla ó suavizarla, él mismo con su obstinacion fomenta los delitos, que no castigándose con la pena mayor establecida por la ley, porque la opinion pública la considera como cruel, y por consiguiente injusta, estos delitos se quedan sin castigo, y se cometen con mucha facilidad.

La quiebra fraudulenta y el hurto doméstico se castigan con pena de muerte en casi todos los códigos de la Europa; mas son muy pocos los delincuentes de esta especie que sufran esta pena por ser demasiado severa; y así estos delitos quedan

impunes, y se cometen con la mayor frecuencia. ¿Qué nacion hay que no vea muchos de estos delincuentes, despues de sus quiebras, pasar una vida cómoda y con mucha ostentacion, consumiendo los intereses de tantos infelices que quedan pereciendo? El rigor de la ley, la compasion y la humanidad son causa de que todos contribuyan á ocultar el delito, hasta el juez que lo ha de juzgar y las mismas partes interesadas.

En los hurtos domésticos sucede lo mismo. ¿Porque qué amo hay que por el robo que le ha hecho su criado, muchas veces de muy poca consideracion, quiera acusarle y delatarle á la justicia sabiendo que por esta causa ha de perder la vida en un infame patíbulo? El pueblo le miraria con horror, y seria la exêcracion de todas las gentes. Por es-

ta razon quedan impunes estos delitos, y se cometen con tanta facilidad; y así las leyes mismas y el legislador son los que los protegen y fomentan. El abuso de la pena de muerte, y la frecuencia con que se usa de ella le quitan toda su fuerza, y se hace inútil el remedio mas fuerte para contener á los hombres en el cumplimiento de las leyes.

La representacion frecuente de las mismas escenas, de los mismos patíbulos y de los hombres que suben á ellos, es causa de que la imaginacion no recibe ya impresiones fuertes de estos terribles espectáculos. Lo que al principio no se veía sino temblando, despues se mira con indiferencia, y últimamente casi riendo. Quando las muertes son muy frecuentes, como en tiempo de peste ó de alguna epidemia maligna, se pierde el miedo á la muer-

te. Y así vemos que los sepultureros acostumbrados á manejar los muertos, y los soldados á ver centenares de hombres tendidos en el campo de batalla, la miran con la mayor indiferencia. Por esta razon por mas que la ley acompañe el espectáculo del castigo con todo el aparato lúgubre de ceremonias para que la imaginacion de los espectadores quede estremecida, no hará aquella impresion que el legislador se promete si se ofrece á los ojos del pueblo con frecuencia. Las penas tienen un valor real que consiste en la privacion de algun bien, y un valor de opinion que consiste en el concepto que de ellas forma el pueblo, y en la impresion que hace en las gentes. Si pierde el valor de opinion, el real ya no tiene fuerza porque se le desprecia, y esto sucede en todos los paises don-

de se abusa de la pena de muerte.
Que se imponga esta pena al que mata á otro directa ó indirectamente, quiero decir, al que le quita la vida de propósito deliberado, ó por una acusacion calumniosa; ó por una falsa declaracion delante del juez en un proceso criminal; ó al que da ó prepara el veneno para matar á otro, ó al juez que vendiendo la justicia le condena al último suplicio, cosa muy justa és que en estos casos se execute esta terrible pena con todo el aparato y ceremonias mas capaces de hacer una impresion fuerte sobre los espectadores para que de este modo la pena de muerte conserve toda su fuerza real, y la de opinion en el ánimo de los ciudadanos. Pero que no se atormente al delincuente quando se le lleva al suplicio, porque esto excita la humanidad y la compasion; disminu-

ye el efecto de la pena y el horror del delito; irrita los ánimos contra la ley, y se mira como bárbara, cruel é injusta. Una execucion de esta naturaleza ya no hace ninguna impresion sobre los espectadores, y por consiguiente es inútil. Este es el uso que deberia hacerse de la pena de muerte si se consultara la razon, la justicia y la humanidad.

La pena de la infamia está toda fundada en la opinion, y contribuye infinito, especialmente en los gobiernos moderados, para apartar á los ciudadanos de los delitos, con tal que no se haga de ella un uso demasiado freqüente. El hombre desea conservar su exîstencia moral, que consiste y está fundada en la opinion pública, con tanto ó mayor ardor que la física ó real, y la pena que le priva de ella, que es la infamia, tiene tanta fuerza y energía en

su espíritu, y le causa tanto terror como la que le priva de la exîstencia física: así el temor de la infamia, ó la pérdida del derecho á la opinion pública es uno de los medios mas eficaces para apartarle de los delitos, y hacerle emprender las acciones mas heroicas y gloriosas. El guerrero se expone á perder la vida por conservar su honor, y por la misma causa hace callar todas las pasiones; y contra todas las leyes divinas y naturales, civiles y eclesiásticas presenta su pecho á la espada del enemigo que lo ha desafiado.

El hombre prefiere la opinion á la vida porque no muere con él ni baxa al sepulcro, sino que queda para siempre unida á su mismo nombre, y cree en el momento mismo que está entusiasmado con ella oir pronunciar su nombre con honor hasta la mas remota posteridad. ¿Qué uti-

lidades podria sacar un legislador si supiera aprovecharse de este resorte tan poderoso? Los egypcios entre los antiguos fueron los primeros que supieron hacer un uso admirable de este instrumento tan eficaz para apartar los hombres del vicio, determinando por sus sabias leyes que tódos los ciudadanos, de qualquiera clase que fueran, serian juzgados despues de muertos con el mayor rigor; y que si se justificaba que habian violado las leyes, su nombre quedaria cubierto de un oprobio eterno, y se dexaria su cuerpo sin sepultura. Toda la posteridad ha leido con admiracion las leyes que prescribian estos juicios de los muertos, y les han atribuido los rápidos progresos que hizo la virtud en esta nacion, que supo unir los sentimientos á las sensaciones, las penas ideales á las reales, y la ignominia á los tormentos.

Los griegos y los romanos les imitaron, haciendo uso en sus leyes de la opinion pública, y del temor de la infamia para el mismo fin. Mas el abuso que hicieron despues los emperadores de estas penas infamantes, quando ya los romanos habian perdido la libertad y las costumbres, les quitaron toda la fuerza. Porque como la pena de la infamia pende de la opinion, en debilitándose esta se debilita tambien aquella. Por esta razon, si se multiplican los infames, y no se usan estas penas sino con las personas mas obscuras de la sociedad que no hacen caso del honor, se hacen inútiles. La infamia de la ley si no está unida á la de la opinion, de nada sirve; porque por mas que la ley declare á alguno por infame, si la opinion pública no lo reputa por tal, no lo será; y así la pena de la infa-

mia que precisamente debe consistir como todas las demas en hacer perder al ciudadano algun derecho, no haciéndole perder el de la opinion pública, que es el único que por ella se puede perder, no será pena.

La ley no puede determinar la opinion pública, ni hacer que ésta considere como infame al que castiga como tal. Por mas que ella declarase por noble al verdugo, y lo honrase con los empleos distinguidos del estado, es bien cierto que en la Europa, segun está la opinion pública, se tendria por vil é infame, y todo el poder de los legisladores no tendria fuerza bastante para mudar esta opinion; y sus esfuerzos no servirian sino para hacer despreciables los cargos, empleos, títulos, dignidades y decoraciones que hubiera dado al verdugo. Por mas que declare al que desafia y al desafia-

do por infames, la opinion pública no los tiene por tales, y por este medio que se creía el mas eficaz para reprimir los desafios no se han disminuido nada. En la opinion pública se reputa por infame el que no acepta el desafio, y la ley declara por tal al que lo acepta; y así el infame por la ley no lo es sino en el nombre, pues en el concepto de los ciudadanos pasa por hombre de honor, y el que obedece á la ley es reputado por vil y despreciable al tiempo que la ley le honra.

Síguese de todo esto que la ley no hace mas que manifestar la infamia, pero no establecerla. El legislador no puede violentar la opinion pública, porque es superior en fuerzas á toda la autoridad del soberano. Podrá dirigirla sí, pero no mandarla; podrá corregirla y rectificarla con las luces y la instruccion, pero

no destruirla. Así el legislador debe servirse de ella quando el interes público lo exîga, declarando por la ley la infamia del reo, publicándola con la formalidad del juicio, y executándola públicamente para que se haga pública, notoria y cierta. Es evidente, pues, que la ley no debe poner la pena de infamia sino á los delitos que por su naturaleza son infames, y tambien debe usarse con mucha reserva de esta pena, porque si se abusa de ella, multiplicando el número de infames, se debilita la opinion pública, y se quita la fuerza á la pena. Es un principio cierto en materia de premios y penas que pierden de la opinion, y que su valor se disminuye á proporcion que se multiplica el número de los premiados ó de los castigos.

La pena de la infamia es inútil aplicarla á los que no conocen ni es-

timan el honor; pues para estos no es pena, porque no hacen caso de la opinion pública, por este motivo es necesario que el legislador se sirva de premios ó penas reales para apartar esta clase de gentes de los vicios y hacerles observar las leyes. La ínfima plebe está puesta en esta clase. Como la multitud de especies de delitos que los hombres pueden cometer excede de mucho las clases de penas que hemos señalado, es necesario que el legislador con mucha prudencia y sabiduría distinga diferentes grados de severidad en cada clase de estas penas para proporcionarlas á los grados de malicia de los delitos. La diversidad de circunstancias y maneras de executar estas penas le proporcionará estas distinciones.

A las penas infamantes se siguen las pecuniarias que están en uso en todas las naciones de Europa, que

aunque parecen incompatibles con una sabia legislacion, porque solo castigan al pobre, y no al rico, dexando al arbitrio de este la facilidad de cometer los delitos, consolándose de perder una parte de sus intereses; y por otra parte siendo sumamente dificil, por no decir imposible, arreglar las multas con igualdad, sin destruir la fortuna de muchos particulares, dexando intacta la de los otros, por la desigualdad de intereses que hay en los ciudadanos; y por la variacion que la ley deberia hacer de continuo en las multas por la inconstancia de la opulencia así particular como pública; esto no obstante es preciso confesar, si bien se reflexîona, que pueden establecerse con mucha justicia y equidad las penas pecuniarias, y ser muy útiles para apartar á los ciudadanos de muchos delitos, con tal que se

haga un uso prudente de ellas.

Si se aplican á los delitos que nacen de la avaricia, y se señala, no la cantidad que se debe pagar, sino la parte ó porcion de la fortuna del reo, como la tercera, la quarta, quinta ó sexta parte ó porcion de sus bienes, se explica con toda claridad el valor de la pena, y podrá de este modo proporcionarse á la gravedad del delito; la ley será imparcial y justa, y apartará al rico y al pobre de cometer esta especie de delitos, con tal que determine que si los fondos del delincuente no llegan á cierta cantidad, se substituya la pena corporal á la pecuniaria para que de este modo los muy pobres que podrian redimir sus delitos á muy poca costa, se abstengan por el temor de la pena corporal de cometerlos. La otra cosa que la ley deberia expresar es que si la exâccion de la pena pecuniaria

reducia por el pronto al delincuente á la miseria y á su ruina, que el juez pudiera concederle alguna dilacion para pagarla, proporcionada á sus circunstancias, suspendiéndolo en el ínterin de todas las prerogativas civícas.

La quarta clase de penas para castigar los delitos es la privacion ó suspension de la libertad personal, que siendo tan preciosa á los ojos de los hombres, es un medio muy poderoso en manos de un sabio y prudente legislador para apartarlos de los vicios. Ademas que es fácil proporcionar esta pena á la gravedad de los delitos por las circunstancias del tiempo, del modo, del lugar, y otras de que es susceptible, y no hay ningun ciudadano de qualquiera clase que sea á quien no sea sensible; el delincuente puede corregirse con el mal que sufre, y la socie-

dad se ve asegurada de que este ya no volverá á insultarla ó injuriarla; porque ó será encerrado por algun tiempo proporcionado el ciudadano pernicioso, capaz sin embargo de la enmienda, ó si no hay esperanza de ella se le quitará para siempre la libertad.

El público puede sacar tambien una grande utilidad de esta pena condenando los delincuentes que por la gravedad de los delitos lo merezcan á trabajar en las obras públicas. El legislador debe usar con prudencia de esta pena, y proporcionarla á la gravedad de los delitos. Un delito leve, que mas puede llamarse transgresion que delito, puede castigarse sin forma de proceso (pero haciendo constar siempre de la realidad de la transgresion) con algunos dias de detencion en la carcel á proporcion de la malicia de

la transgresion, como por una riña ligera, una injuria entre las personas de una misma clase, una pequeña desobediencia á las órdenes del magistrado, y otras de esta naturaleza.

Esta detencion en la carcel que tiene por fin únicamente la correccion del delincuente, y es propiamente una pena correctiva, no deberia ser en las cárceles destinadas para custodia de los reos, y no para castigo de los delitos, por los inconvenientes que son bien manifiestos. En esta carcel se les deberian dar algunas instrucciones morales para hacerles conocer las funestas consecuencias de los delitos, y concebir de este modo el horror que merecen. Estas instrucciones deberian darlas hombres recomendables por su probidad, y de un carácter dulce y amable, y en ciertas horas

del dia se deberia leer el código penal á presencia de todos: de este modo se conseguiria la enmienda, y se harian hombres útiles á la patria, que es lo que el legislador debe proponerse en estas casas de correccion.

Muchas veces será muy conveniente condenar á los trabajos en obras públicas algunos delincuentes para que con su exemplo hagan ver á los ciudadanos los males que ocasionan los delitos, y por otra parte la sociedad que ha recibido la injuria recibe la reparacion correspondiente por los servicios que le hacen con sus trabajos. Esta pena puede ser mas ó menos intensa, mas ó ménos duradera, y por estos diferentes grados se puede proporcionar á la diferente gravedad de los delitos. La ley puede arreglar la duracion y el género de trabajo en que debe emplearse el delincuente, y al juez to-

ca arreglar su sentencia á la ley, y destinarlo al trabajo y á la obra que ella señala.

Hay algunos delitos que se cometen precisamente por el trato que se tiene con algunas personas en algun lugar determinado, y en este caso conviene que el legislador determine en su ley para castigo de estos delitos el destierro del delincuente del mismo lugar en donde los ha cometido, que es una pena proporcionada al delito, y al mismo tiempo un remedio eficaz para precaverlo, quitándole las ocasiones de cometerlo al delincuente. Esta especie de delitos comunmente nacen ó del odio contra alguna persona que vive en el mismo pueblo, por cuyo motivo buscan ocasiones para insultarla y vengarse, ó del amor; y esta pasion les hace buscar proporciones para seducir á la persona amada. La pre-

sencia de los objetos enciende estas dos pasiones. Si alguna persona ha sido insultada por otra, y se teme padecer iguales ó mayores insultos, en adelante debe tener derecho para reclamar la proteccion del juez para poder vivir con seguridad y tranquilidad, á fin de que conforme á la ley la destierre del pueblo; y el mismo derecho tendrá el marido contra el que intenta seducir y engañar á su muger.

La pena de deportacion que usaron con tanta frecuencia los romanos se debe usar muy rara vez, y solamente en los delitos graves que no merecen la muerte, y esto por dos razones muy sencillas, pero muy convincentes. Toda pena debe ser útil al delincuente y á la sociedad, ésta ni lo es al uno, ni á la otra, porque el delincuente deportado en una isla, puesto en ella, queda en

suma libertad, y nada sufre que le haga concebir horror al delito; y los ciudadanos, no teniéndolo presente, no conservan la memoria de los males que arrastra consigo el vicio: por otra parte el delincuente léxos de hacer servicios á la sociedad para reparar la injuria que le ha hecho continúa siéndole gravoso, porque esta debe mantenerlo á sus expensas. No debe decirse lo mismo de la deportacion á las colonias en aquellas naciones que las tienen, las quales necesitan de brazos para cultivarse, y de gente para poblarse, porque estas podrán castigar á los delincuentes con grande utilidad del estado, enviándolos á ellas para hacerlos servir de instrumentos para aumentar su poblacion, sus producciones, su comercio y sus riquezas. La historia de los griegos y romanos, y la práctica de algunas naciones ilustradas

de la Europa nos hace ver que se puede usar de esta pena con grande utilidad del estado.

Conviene tambien muchísimo á los delincuentes apartarlos del pais donde han perdido su reputacion, porque es una verdad cierta que un hombre degradado y envilecido tiene el ánimo abatido, y no es capaz de ninguna cosa grande estando sin un freno que podia contenerle en la carrera de los vicios. Y así estos hombres son inútiles en su pais para el estado, perjudiciales á su familia, y en disposicion de perderse para siempre.

En las colonias se ignoran sus delitos, ó no se saben de una manera que les haga perder su reputacion; y así adquieren nuevo vigor para recobrar su opinion y la estimacion de las gentes, haciendo callar á la fama con sus buenas acciones y conducta.

De un monstruo se convierte en un hombre honrado, de inútil y perjudicial es útil y benéfico; en fin, la sociedad adquiere un ciudadano laborioso y sumiso á las leyes. Para muchos delitos podemos decir que esta pena es necesaria, y las leyes para no dexar nada al arbitrio de los jueces debian determinarla con la mayor precision.

Finalmente la última clase de penas es la privacion ó suspension de las prerogativas civícas, con la qual el legislador puede castigar una multitud de delitos, y proporcionaría por grados á su mayor ó menor gravedad. Porque no se puede dudar, que en todos los estados los ciudadanos como miembros de la sociedad tienen ciertos derechos ó prerogativas que les son propias, y no las pueden perder sino por algun delito. Pueden entrar en los cargos públicos,

exercer las magistraturas, vivir en su patria baxo la proteccion de las leyes, dedicarse á los destinos que tengan por mas convenientes, y otros que las leyes mismas expresan. Pero estas no se los conceden sino con la condicion que cumplirán las obligaciones que les imponen. Si faltan á estas obligaciones la ley los castiga privándoles de estas prerogativas de que se hacen indignos por sus delitos. Y esta es la pena que se llama privacion ó suspension de los derechos y prerogativas civícas.

¿Que uso debe hacer el legislador de estas penas para castigar á los delincuentes, y contener á los demas en la observancia de las leyes? Es facil que acierte si no pierde de vista un principio que debe servir de regla para no errar en la determinacion de la sancion penal, y es *que la pena debe ser proporcionada á la naturale-*

za del delito, de manera que por ella la pasion que ha obligado al hombre á violar la ley, le incline y le excite á observarla. Es evidente partiendo de este principio que la privacion ó suspension de estos derechos será una pena proporcionada contra el abuso que se haga de ellos; y así si el ciudadano se ha servido de medios injustos para conseguir algun empleo, es justo que se le castigue privándolo de él y del derecho de poderlo obtener. Si el magistrado ha abusado de su jurisdiccion extendiéndola demasiado, ó mas de lo justo, que sea privado para siempre de ella; de este modo la ambicion será reprimida por la ambicion.

Si el ciudadano ha vendido su voto en alguna eleccion, que sea privado del derecho de elegir, y de asistir á las juntas electorales; que al que ha sido castigado con la pena

de infamia se le considere como muerto civilmente, y pierda todas las prerogativas que le pueden dar alguna influencia en el gobierno ó alguna autoridad ó imperio sobre los otros. ¿Qué diremos de la pena del destierro? Que se debe usar con la mayor economía y solamente en los delitos muy graves. En las repúblicas donde el ciudadano exerce la soberanía, el destierro es una pena capital. Por tal se reputaba en Roma en tiempo de la república, y la ley la expresaba prohibiendo al ciudadano el uso del agua y del fuego, con lo qual se dexaba á su arbitrio ó la muerte natural ó la civil, obligándole á elegir esta sin determinarla; mas en otro gobierno el destierro no produce los mismos efectos, ni tiene las mismas consecuencias. Un ciudadano romano tenia parte de la soberanía, que se exten-

nas correspondientes á las cinco de derechos que tienen los ciudadanos, que no hemos hecho mas que insinuarlas hasta aquí, dando de ellas una idea por mayor: ahora es necesario ver la proporcion que deben tener estas penas con los diversos objetos que componen el estado de una nacion, ó como deben aplicarse al código penal los principios de la bondad relativa de las leyes. Para proceder con algun órden en una materia tan obscura es necesario sentar ante todas cosas los principios por los quales debe determinarse el sistema penal que conviene á las sociedades en su infancia, y tener por cierto que este sistema debe tener mayor extension á medida que crece el cuerpo social, proporcionándose siempre á su estado de perfeccion ó imperfeccion, y que el código penal solo puede ad-

quirir su perfeccion en la madurez de estos cuerpos. Algunos políticos por no haberse hecho cargo de estos principios se han puesto á declamar contra los códigos penales de las naciones bárbaras, los quales á la vista de un observador filósofo son mucho mas convenientes al estado de aquellas naciones que no los que hay en el dia al estado de las naciones de la Europa. Las circunstancias políticas, fisicas y morales de las naciones deben tener una influencia suma sobre su sistema penal.

Todas las naciones cultas del mundo han sido al principio salvages, y poco á poco se han civilizado á medida que se han disipado las tinieblas de la ignorancia por medio de las leyes que han recibido.

La primera sociedad que hubo fué la de la familia, en la qual el

padre era el que gobernaba todos sus miembros, reconocian su imperio, y le obedecian con amor y respeto; las familias se extendieron, se multiplicaron y se dividieron, y las que estaban vecinas se reunieron para formar un cuerpo social que se llamaba tribu. Estas sociedades eran puramente naturales, entre las quales todas las diferencias que tenian se terminaban ó definian con la fuerza. Por esta razon los mas débiles se ponian baxo la proteccion de los mas fuertes, sacrificando en recompensa de este beneficio parte de su libertad y de su independencia. Las cabezas de estas familias eran libres é independientes, y se consideraban como perfectamente iguales entre sí.

Si alguna cabeza de estas tribus, ó por ambicion, ó por vengarse de alguna injuria queria atacar á otra tribu, convidaba á las otras á que le

ayudasen, y sus xefes, seguidos de toda su clientela, le acompañaban. Si el xefe que acometia vencia á su enemigo, el vencido quedaba esclavo, y las tierras y posesiones se repartian entre los vencedores. El pais era gobernado por uno de los capitanes del exército, los comilitones eran los patricios ó cabezas de familia, y los soldados los clientes; el territorio se dividia en dos partes, la una para el general, y la otra para las cabezas de familia, que la repartian entre sí por partes iguales; y cada padre de familias repartia su porcion entre sus clientes, que eran los soldados que le habian seguido.

Este es el estado de barbarie de las naciones, en el qual los bienes se dividen con tanta desigualdad entre las tres clases de personas libres que lo componen. El rey es mas fuerte que cada uno de los patricios,

pero todos juntos lo son mas que el rey. Los patricios son mas fuertes que sus clientes, pero unidos éstos son mas fuertes que los patricios. Esta desigualdad de fuerzas conserva en este estado una gran parte de la independencia natural, la qual se hace sentir, y se manifiesta con toda su extension en el sistema penal. El rey y los patricios tienen el poder legislativo, mas el executivo reside y se conserva mucho tiempo entre los individuos particulares que no quieren desprenderse del derecho de castigar con tanta facilidad.

En este estado en que el pueblo que es mas fuerte defiende este derecho con tanto empeño, sin querer desprenderse de él, el gobierno no puede hacer otra cosa sino modificarlo, sujetándolo á ciertas formalidades, sin que el cuerpo social pueda tomar ninguna parte en los aten

tados que los individuos cometen entre sí, el motivo y el objeto de la pena será solamente el odio y la venganza. En este estado no hay otras leyes penales para castigar los agravios y defender los derechos de las personas particulares sino los brazos, la espada, la lanza y otras armas del ofendido. Los delitos que se castigan con la fuerza pública son los delitos de estado, y estos no lo son sino los que atacan la religion, que es la que da fuerza ó vigor y aprieta los vínculos sociales, que sin ella serian muy débiles. Todo lo que pertenece al derecho público está puesto baxo la inspeccion y proteccion de alguna deidad particular.

Los atentados contra el estado lo son contra la divinidad, que debe aplacarse con oraciones públicas, y con víctimas que le debe hacer el delincuente. Los sacerdotes deben ser

los executores á quienes el pueblo les da la fuerza que no tiene el gobierno. La fiereza del bárbaro que aborrece la dependencia de los hombres se humilla baxo la autoridad de los sacerdotes que la exercen en nombre de la divinidad. La execucion de estas penas se conservaba por la tradicion en el cuerpo de los sacerdotes. Por esta razon las leyes penales se llamaban exemplos, y el derecho en el qual se contenian se llama derecho orcano.

Los delitos ú ofensas de los particulares eran castigados por los mismos ofendidos, y el exercicio de este derecho de castigar estaba sujeto á ciertas formalidades. La venganza en los hombres bárbaros se hace con todo el furor posible, con todas las fuerzas y con todo el ímpetu sin poner límites á la ira. Para impedir los excesos y debilitar la fuerza de

la pasion, no hay mas que obligar al ofendido á que dilate algun tiempo el exercer el derecho del castigo. Esto es lo que los legisladores han hecho en este estado. Siendo el objeto de la pena la venganza de la ofensa, el derecho de castigar es propio de los particulares, y ellos pueden perdonar y transigir. Si la ley pone alguna dilacion á la venganza, la pasion se resfria; y entre tanto se pasa á transigir, ofreciendo un garante el ofensor, que siempre es su patrono quando el ofensor es un cliente; mas si es un patricio, lo es el rey ó el xefe.

La ofensa se redimia pagando un cierto precio al ofendido que él mismo fixaba á su arbitrio, mas la ley que le habia obligado á cierta dilacion puso tambien una tasa determinada á los delitos, obligando á los ofendidos á pasar por ella. Estas

leyes establecieron el talion, y aun se arregló el valor de la multa. Estas penas, que deben desterrarse de todos los códigos criminales de las sociedades cultas, eran muy convenientes á las circunstancias políticas en que se hallaban las sociedades imperfectas, porque ponian límites al ímpetu feroz del ofendido, y no le dexaban exercer á su arbitrio el derecho de castigar; y así estas penas se hallan establecidas en todos los pueblos y naciones en su estado de barbarie.

Establecido el talion por medida de las penas, y señalada por la ley la redencion de los delitos, empieza el pueblo á formarse alguna idea de la proporcion que debe haber entre el delito y la pena, y ésta con la composicion. Reprimida de este modo la pasion de la venganza, y reducida á estos límites, era mas fá-

cil persuadir á los agraviados á que dexasen á otros el derecho de castigar sus ofensas, especialmente quando no se quiere recibir por ellas alguna compensacion ó conmutacion pecuniaria. ¿Y á quien ha de encargar mejor este cuidado que á la autoridad pública, que aprovechándose de estos momentos favorables, convirtió la violencia privada en violencia pública, y arrancó de las manos de los particulares el derecho de castigar, y lo puso en manos de una magistratura análogo á las circunstancias políticas en que se hallaba la nacion. El patricio será este magistrado, y castigará las ofensas de los clientes, y el rey las de los patricios. Todas las naciones han hecho esto en el estado de barbarie quando estan ya muy cerca de la civilizacion.

La ley en este estado empieza á

señalar penas proporcionadas á las injurias, poniendo una tarifa donde se halla el precio con que se debe compensar cada ofensa, teniendo presente el legislador la desigualdad de las condiciones, y determinando la quantidad de la composicion con relacion á la ofensa, al ofensor y á la persona ofendida. Esta pena pecuniaria se substituyó al talion; mas quando el ofendido ó el ofensor no querian ó no podian pagar la tasa de la composicion se condenaba al talion, eligiendo el ofensor y no el ofendido la pena. Este método penal destruye la venganza privada, y quita todos los vicios que lleva consigo el talion, suavizándolo, y apartando de él la dureza y ferocidad que tenia. Por estos pasos, aunque lentos, la sociedad sale de la barbarie, aproxîmándose siempre mas y mas á la civilidad. Este sistema de cosas, aun-

que muy conveniente al estado de las naciones, tiene sin embargo infinitas imperfecciones, y la autoridad y poder de juzgar y de castigar puesta en manos tan poderosas con el tiempo producirá muchos males en la sociedad, oprimiendo la libertad y la tranquilidad de los ciudadanos. El rey oprimirá á los patricios, y estos se armarán contra el rey; los patricios oprimirán á sus clientes, y estos se armarán contra los patricios. Los patricios pedirán el auxilio de la plebe, para expeler al rey, y la plebe se unirá con el rey para oprimir á los patricios. Del combate de los patricios con el rey nacerá la aristocracia, como sucedió en Roma; y del de la plebe contra los patricios la monarquía, como ha sucedido en las naciones de la Europa.

La democracia no puede na-

sino de la corrupcion de estos gobiernos. Si la aristocracia es violenta y tiránica, ó si la monarquía degenera en un despotismo feroz, el pueblo cansado de sufrir, considerando por otra parte sus derechos violados, se levanta, y reune sus fuerzas para defenderlos de sus opresores; y su furor, que en estas ocasiones no conoce límites, hace nadar todo el estado en sangre. Conseguida la victoria, proclama su triunfo y su libertad, ó en la misma patria donde habita, ó abandonándola con desprecio va á levantar los estandartes de su independencia, y establecer su libertad en los montes, en las islas, en las rocas ó entre lagunas donde considera que ha de asegurar mejor sus preciosos derechos. Este es el origen de las tres especies de gobiernos, y así llegan las sociedades civiles á su perfeccion.

En este estado la legislacion y el código penal adquieren aquella perfeccion que una razon ilustrada les comunica conveniente á la madurez, y á las luces en que se halla el cuerpo político, proporcionándolo á la naturaleza del gobierno, y á las demas circunstancias que componen lo que llamamos estado de las naciones. Porque es constante que las circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos deben tener una influencia muy grande en el sistema penal que les conviene.

Las diferentes formas de gobiernos deben poner una grande diferencia en el sistema penal, porque como las penas, como hemos dicho, no son mas que la privacion de los derechos y prerogativas que gozan los ciudadanos en el estado social, no siendo estas las mismas en todas las especies de gobiernos, es eviden-

te que las penas tampoco lo pueden ser. En el gobierno democrático un ciudadano que goza parte de la soberanía y de la autoridad pública en la formacion de las leyes y nombramiento de magistrados y generales, en hacer tratados de paz y de guerra, la pena del destierro en este gobierno será terrible para todos los ciudadanos, porque los priva de todos estos derechos tan preciosos, y por esta razon será muy eficaz para contenerlos en la observancia de la ley. Esta misma pena en la aristocracia tendrá la misma fuerza contra los nobles, que teniendo y exerciendo el imperio y la soberanía pierden los mismos derechos; pero ni el ciudadano, ni el aristócrata tienen alguna existencia política en el gobierno monárquico, sino que estan simplemente en la dependencia, sin tener ni exercer ninguna parte

de la soberanía: y así la pena del destierro no deteriora su exîstencia política. Les hace perder su casa, sus amigos, sus parientes, sus comodidades y sus placeres; pero todo esto recibe sus recompensas en qualquiera parte donde sea desterrado; y estas acaso son tales que le hacen olvidar todo lo que ha perdido; mas la soberanía y el imperio no se olvida jamas, ni se puede hallar en ninguna parte alguna cosa que pueda recompensarla. Por donde se ve que las penas deben acomodarse á la naturaleza de cada gobierno para que sean eficaces, y una misma pena en un gobierno será muy oportuna y eficaz, mas en otro será inútil é inoportuna.

Lo que acabamos de demostrar en el destierro se puede igualmente hacer ver en todas las demas penas, como en la de la infamia que no

tendrá fuerza ninguna en aquella clase de gentes del estado que no conocen y estiman el honor. Por esta razon esta pena podrá ser general en los gobiernos democráticos, y usarse con todos los ciudadanos; mas en la aristocracia y la monarquía no puede ser tan universal, porque los ciudadanos no estan ennoblecidos con parte de la soberanía, sino degradados y envilecidos con la opresion de la dependencia y esclavitud. En la democracia estando revestido el ciudadano de una dignidad real le hace formar de sí una idea noble y elevada; mas en los otros gobiernos él mismo se considera como abatido y envilecido, y así la infamia tiene poca fuerza sobre su espíritu. Sepultado en la obscuridad de su condicion, privado de los honores, desconocido á los demas hombres, y aun á sí mismo, ¿qué caso

hará de la opinion pública para que sienta el perderla?

Por esta razon un hombre de la plebe se ve todos los dias sufrir con la mayor insensibilidad é indiferencia aquellas penas infames, que un noble quisiera mas morir que sufrirlas. De donde se infiere que el legislador no debe usar indiferentemente para todos los súbditos la pena de infamia, si quiere que conserve la misma fuerza y energía. ¿Pero el noble y el plebeyo no son iguales delante de la ley? ¿no son igualmente reos quando la quebrantan, y no es justo que sufran la misma pena? Son igualmente reos y dignos de castigo; mas por lo mismo no deben los dos sufrir la misma pena; porque atendida su clase, en el uno causaria un gran mal, y para el otro seria indiferente, y así dexaria de ser pena, y se cometeria una gravísima injus-

ticia y la sancion penal seria ineficaz. Esto lo digo precisamente de la infamia, que tiene su valor de la opinion pública, y de la del delincuente. Mas si se hablase de una pena real aflictiva del cuerpo, como el dolor físico es el mismo en el plebeyo que en el noble, en este caso no se debia hacer ninguna diferencia, sino que se deberia aplicar la misma pena á unos y á otros. El genio y la índole particular de los pueblos y su religion deben tambien tener una grande influencia en el sistema penal.

El legislador debe considerar con la mayor atencion las circunstancias morales del pueblo para quien forma las leyes penales, proporcionándolas con la mayor exâctitud á ellas: si el pueblo es codicioso, inclinado al interes, aplicado al comercio, y trabajando sin cesar para aumentar las riquezas; en fin si su pasion domi-

nante es el interes, la mayor parte de los delitos nacerán de esta pasion que domina en su corazon. Para reprimirla y castigar los delitos se debe usar de penas pecuniarias, que tendrán la mayor fuerza para hacer observar las leyes á sus habitantes. Si el pueblo es desinteresado y está poseido de la vanidad y del orgullo, de nada servirian las penas pecuniarias para contener sus desórdenes, y es preciso usar de las penas infamantes, que son las que obrarán con mayor eficacia en su corazon. Si es un pueblo feroz que desprecia la muerte, y solo hace caso del valor, la mayor parte de los delitos nacerán del resentimiento, de la venganza y de la vanidad de manifestar su audacia, su intrepidez y su valor. ¿De qué serviria contra estas gentes la pena de muerte? en muchas ocasiones no haria sino dar

pábulo á su vanidad y aumentar el fanatismo.

Si es un pueblo laborioso, y enemigo del ocio, regularmente será virtuoso. En este pueblo el sistema penal debe ser mas suave para producir grandes efectos. Si es ocioso y poco inclinado al trabajo, será mas comun la corrupcion, y las penas para contener á los habitantes en la observancia de las leyes deben ser mas rigorosas, aplicando y condenando los delincuentes á los trabajos públicos. Estas penas serán mas acomodadas al caracter nacional, y producirán los efectos que el legislador se propone. En fin, si el pueblo está civilizado, y ha hecho grandes progresos en la cultura, su caracter será suave, humano y sensible, y el código penal debe estar tambien lleno de humanidad y de dulzura. El legislador

debe siempre contener la pasion por la misma pasion, dándole una nueva direccion, opuesta á la que antes tenia, apartándola de los objetos contrarios á la ley, y dirigiéndola al cumplimiento de ella.

Si la religion del pais conspira á mantener el órden social dando vigor á las leyes, condenando lo que ellas prohiben y amenazando á los delincuentes con las penas de la otra vida, aprobando lo que ellas mandan, y destinando premios en la otra vida para las acciones que sean conformes á las leyes; esta nacion que tiene la dicha de vivir en una religion tan conforme á la razon, debe tener un código penal mucho mas suave y mas humano que no las que siguen otras religiones opuestas á ella, y de caracteres muy contrarios. Se puede establecer por regla general en esta ma-

teria: *que las penas sensibles deben ser tanto mas severas para apartar á los hombres de los delitos, quanto son mas débiles los vínculos morales, y menos poderosos los motivos que la religion les ofrece para hacerles cumplir con su obligacion.* Tal es la influencia que las circunstancias morales deben tener en el código penal de las naciones.

Las físicas debe tambien mirarlas con la mayor atencion el legislador para proporcionar á ellas las leyes penales. La influencia del clima es casi insensible en los paises templados, mas en los sumamente calientes ó frios tiene una eficacia extraordinaria en lo físico de nuestro cuerpo, y por medio de este en lo moral; y así el sistema penal no puede ser el mismo en estos climas tan diversos y tan opuestos. Las mismas penas tendrian mu-

cha fuerza en un pais templado, y ninguna en los extramente frios ó calientes para contener las pasiones de los hombres. Las penas que en el Indostan harian una impresion muy fuerte, no tendrian alguna fuerza en la Laponia, ó en la Groelandia. Las facultades morales no se desarrollan al mismo tiempo en estos climas tan diferentes, ni tampoco las físicas, y así el sistema penal en consideracion á esta variacion debe variarse enteramente, agravando la severidad de las penas, ó suavizándolas, substituyendo á las de infamia y de destierro otras mas análogas á las ideas y á las costumbres que el clima produce en sus habitantes. Los trabajos públicos, que en todo pais son necesarios, podrian substituirse á los de destierro y de infamia; y quando estos no pueden executarse sin

que el excesivo rigor del clima con otras causas que excita causen la muerte en muy poco tiempo á los que se emplean en ellos, podrian substituirse á la pena de muerte en aquellos que por sus delitos capitales han perdido el derecho á la vida.

La naturaleza del terreno y su extension, sus producciones y su situacion teniendo una influencia directa sobre el genio, el caracter, la índole y el gobierno de las naciones, porque contribuyen con otras causas á excitar las pasiones y afectos de los habitantes, es evidente que pueden tambien tener una influencia indirecta en el sistema penal; pero aquí solo hablaremos de la influencia directa é inmediata, y esta puede reducirse á muy poca cosa. En un terreno esteril se puede condenar á los delincuentes á trabajar

con menor estipendio y mayor fatiga en el cultivo del pais para hacerlo mas fecundo, obligándoles á compensar á la sociedad con el trabajo de sus manos los daños que han causado con sus delitos; mas en los paises fértiles con demasía el legislador debe usar con mucha economía de estas penas, porque á la sociedad no le resultaria ninguna utilidad sino mucho daño, teniendo que darles los alimentos inútilmente sin necesitar de sus labores, y aumentando de este modo los males que le habian causado con sus delitos.

Si una nacion posee muchas minas preciosas en las quales se ocupan muchos hombres con gran peligro de la vida, el legislador en lugar de permitir que los particulares vayan á las costas del Africa á comprar los inocentes habitantes de

este abrasado pais para llevarlos á una muerte cierta; en lugar de apoyar y autorizar un comercio tan infame, que igualmente degrada al que vende, al que compra, al vendido y al legislador que presta su proteccion para que se cometan tan exêcrables injusticias, tan horrendos homicidios, sin que puedan autorizarse con ningun principio ni de la moral, ni de la religion, ni del bien público; en estos paises el legislador podrá substituir á la pena de muerte el trabajo á estas minas, que indefectiblemente despues de una vida miserable de algunos meses los ha de hacer perecer con una muerte penosa, despues de haber proporcionado al estado con sus trabajos grandes riquezas, y salvado la vida á tantos inocentes que hubieran perecido injustamente. Pero para que el público sepa la pena que han me-

recido con sus delitos, que su persona sea llevada al lugar del patíbulo, y su efigie puesta en él.

Si el imperio tiene una extension dilatada que comprehende naciones de diferente genio y caracter, de religiones diversas, paises de diferente naturaleza y de climas opuestos; es evidente que así como no puede tener un mismo código civil para todas estas naciones, tampoco puede ser uno mismo el código criminal, como resulta de los principios que dexamos sentados en este discurso, y en el primero sobre los principios de la legislacion. La situacion del pais puede tener poca ó ninguna influencia directa sobre el código penal de qualquier modo que se la quiera considerar.

La prosperidad de las naciones debe tener una influencia muy grande en su código penal, porque co-

mo la pena sea la privacion de los derechos y prerogativas de los ciudadanos, y estos sean mucho mas preciosos quanto es mayor la prosperidad, es evidente que la severidad ó suavidad de las penas debe proporcionarse á la prosperidad ó decadencia de las naciones, pues la justicia exîge que no se use en las penas de mayor rigor del que es necesario para apartar á los ciudadanos de los delitos. Quando una nacion está en un estado de prosperidad son muy pocos los delitos que en ella se cometen. ¿Por qué, pues, se usaria en ella con los delincuentes de unas penas muy severas? Hemos explicado en este discurso la proporcion que deben guardar las penas con los objetos que componen el estado de la nacion, las diferentes especies de penas, el modo con que el legislador debe aplicar al código penal los

principios generales de la bondad relativa de las leyes, para que pueda determinar las penas mas convenientes á las circunstancias de los pueblos. En el siguiente discurso hablaremos de los principios que debe seguir el legislador para determinar las penas con relacion á los delitos, y proporcionarlas con toda la equidad y moderacion posible á su gravedad.

LA
CIENCIA LEGISLATIVA.

CONTINÚA EL LIBRO III.

DE LAS LEYES CRIMINALES.

PARTE TERCERA.

DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS.

CAPÍTULO XXV.

Principios generales de esta parte de la legislacion criminal.

Reduciré todo el sistema de esta parte de la legislacion criminal á pocos principios nacidos unos de otros, que serán el fundamento de quantas ideas iremos proponiendo de seguida en esta complicada teoría de los *deli-*

tos y de las *penas*. Por poco conocimiento que se tenga de la materia de que se trata, se convendrá en la importancia de las premisas. Dexemos el exôrdio, y pasemos á la exposicion de los principios.

1 Si los pactos sociales se declaran por medio de las leyes, toda transgresion de una de estas supone la violacion de un pacto.

2 Si los pactos sociales son las obligaciones que todo ciudadano contrae con la sociedad, en recompensa de los derechos que la misma le concede y él adquiere, á la violacion de un pacto debe seguirse la pérdida de un derecho.

3 Si los derechos que el ciudadano adquiere en la sociedad se reducen todos á la conservacion y á la tranquilidad no interrumpida del goce de su vida, de su honor, de su propiedad, tanto personal como real, y de todas las prerogativas del estado político [1], todo delito debe producir la

1 Véase el cap. 1. del lib. 1.

pérdida, ó suspension de uno de estos beneficios.

4 Si un ciudadano puede con un solo delito violar todos los pactos sociales, puede del mismo modo, por un solo delito, ser privado de todos los derechos adquiridos en la sociedad.

5 Si todos estos derechos no son igualmente preciosos, como ni todos los delitos son igualmente funestos á la sociedad, es justo que el que se abstiene de los delitos mas graves, cometiendo otro menor, conserve los derechos mas preciosos, y pierda otro de menos estima.

6 Si el valor relativo de los derechos sociales puede variar segun las diversas circunstancias políticas de los pueblos, téngalas presentes el legislador en la determinacion de las penas. Por exemplo, el destierro de la patria en un gobierno será pena capital [1], y en otro será la menor de las penas [2]; y aun en un mismo go-

[1] En la Democracia.
[2] En la Monarquía.

bierno para cierta clase de ciudadanos puede ser una gran pena [1], y para otros de poca consideracion [2].

7 Si las ideas morales de un pueblo pueden tambien alterar el valor relativo de los derechos sociales, debe tenerlas presentes el legislador para la determinacion de las penas. En una nacion, por exemplo, donde estuviese recibida generalmente la doctrina de la transmigracion de las almas, la pena de muerte haria menos impresion que en otro pais donde no esté admitida tal estrañeza.

8 Si el genio y la índole particular de un pueblo, su clima, y otras físicas circunstancias pueden igualmente influir en el valor relativo de los derechos sociales, no debe el legislador en la formacion del código penal olvidar ninguno de estos objetos. En un pueblo, por exemplo, feroz y guerrero, donde están acostumbrados los hombres á despreciar la vi-

1 Para los nobles en la Aristocracia.

2 Para la plebe en el mismo gobierno.

da, la pena de muerte hará poca impresion; en un pueblo avaro las penas pecuniarias tendrán mucha fuerza; y en un clima extremamente caluroso, ó extremamente frio, el destierro de la patria será pena muy ligera y poco temida [1].

9 Si al paso que el gobierno y la sociedad se perficionan crece el valor absoluto de todos los derechos sociales en proporcion de los progresos que hace la felicidad pública; si á medida que esta se aumenta se disminuye el incentivo á los delitos, y crece el dolor que la pérdida de las ventajas sociales trae consigo, es cosa clara que podrán sin riesgo suavizarse las penas al paso que la sociedad se perfecciona.

10 Si todas estas circunstancias políticas, físicas y morales pueden influir, no tan solamente sobre el valor de los derechos sociales, sino tambien

1 Solamente traigo estos exemplos para facilitar la inteligencia de los principios: quando lleguemos á la aplicacion de estos veremos quan fecundas son las resultas.

sobre la mayor, ó menor oportunidad de algunas penas, y lo poco oportuno de otras, y sobre el mayor, ó menor rigor del sistema penal, es necesario un profundo exámen de parte del legislador, ántes de formar el código penal, sobre lo que se llama *estado de la nacion* 1.

11 Si una accion solamente puede ser imputable quando es voluntaria, donde no hay voluntad no puede haber delito.

12 Si la sociedad tan solo castiga las acciones, no los pensamientos, hasta que la voluntad de delinquir se declare, jamás deberá procederse al castigo, y aun entonces no deberá castigarse, sino quando se declare por alguna de las acciones prohibidas en la ley.

13 Si la ley no debe castigar la accion que no va acompañada de la

1 Espero que el lector en el discurso de esta obra hallará demostrada hasta la evidencia, y aclarada esta materia que otros han olvidado.

voluntad, ni la voluntad que no está acompañada de la accion, para incurrir en la pena es necesario que concurran la violacion de un pacto, y la voluntad de violarlo.

14 Si algunos de los pactos sociales influyen mas directamente en la conservacion del órden social que otros; y si la conservacion de este órden es el blanco de todas las relaciones sociales, es evidente que la gravedad del delito debe medirse, por la mayor influencia que tiene el pacto á que se faltó en la conservacion del órden social.

15 Si á la violacion de un pacto pueden acompañar algunas circunstancias que manifiesten la mayor, ó menor disposicion que se halla en el delinqüente para violar qualquiera otro pacto, ó para caer nuevamente en el mismo reato, estas circunstancias que acompañan el delito le harán mas ó menos grave, y digno de mayor ó menor castigo.

16 Si el mismo delito puede cas-

tigarse diversamente, segun las diferentes circunstancias que le acompañan, es claro que las leyes deberán en cada delito distinguir su *qualidad* y su *grado*. La *qualidad* es el pacto á que se falta, y el *grado* es la mayor ó menor malicia que acompaña á la violacion.

17 Si debe castigarse con pena mayor el delito mas grave que el mas leve, y si la *qualidad* y el *grado* dan el valor al delito, la medida de la pena será la *qualidad* combinada con el *grado*.

18 Si el objeto de las penas es apartar á los hombres de los delitos con el temor de los males á que se exponen cometiéndolos, dando la naturaleza de ciertos delitos al reo la mayor esperanza de quedar sin castigo; por la facilidad de poderlos ocultar, no debe olvidarse esta circunstancia en la determinacion de las penas. La ley, pues, debe en estos delitos compensar con el aumento de la pena el menor temor que se halla en el reo,

por la facilidad que encuentra en ocultar su crímen.

19 Si todo delito debe tener su pena con proporcion á la influencia que en el órden social tiene el pacto que se ha violado, y al grado de malicia que se ha mostrado en quebrantarle, deben las leyes distinguir bien los delitos, para distinguir bien las penas.

20 Si es mas dificil determinar las acciones que los derechos; si es necesario describir aquellas, mientras que basta solo difinir estas, las leyes criminales deberán entrar en ciertas distinciones por menor, que deben evitar las leyes civiles, sino es que queramos dexar en las manos del juez un arbitrio muy ruinoso, y perjudicial.

Estos son los principios generales, de los quales pende la entera explicacion de la gran teoría de los delitos, y de las penas. He querido manifestarlos anticipadamente para dar una guia cierta á mis ideas, y mostrar al lector el fundamento sobre que de-

be levantarse este edificio. A medida que nos iremos internando en materia tan importante, advertirémos que esta parte de la Ciencia Legislativa se halla enteramente comprehendida en los pocos principios que quedan sentados.

CAPÍTULO XXVI.

De la necesidad de las penas, y del derecho de castigar.

La sociedad privando al hombre de una parte de su libertad natural, no puede destruir en él el orígen de esta nativa pasion; su corazon anhela, y busca la independencia, por mas que su razon le persuada las ventajas que consigue estando sujeto á otro. Ve en las buenas leyes el apoyo de su seguridad; pero al mismo tiempo halla en ellas un freno desagradable puesto á sus pasiones. Ve que le proporcionan su felicidad en el estado social; pero tambien ve que le privan de aquella que podia gozar y disfrutar en el es-

tado de naturaleza. Conoce que solamente prescriben lo que conviene *al bien estar* universal y particular de los hombres sociables; pero siente igualmente que le prohiben lo que acomoda á sus placeres, y ve que dan al reposo y á la seguridad lo que quitan á las pasiones.

Estas reflexîones, que no apartan al hombre de bien de la observancia de las leyes, hacen concebir al malvado el secreto designio de dexar el cumplimiento de aquellas á los otros para su seguridad, y él toma la resolucion de librarse solo de este freno para conseguir sus ventajas; quisiera que los vínculos sociales se apretasen siempre mas y mas para los otros, y que solo para él se afloxasen; quisiera estar independiente y seguro, y gozar de toda la libertad natural sin perder la seguridad civil.

Estas son las intenciones del malvado, y de aquí nace la necesidad de las penas. La sancion penal es aquella parte de la ley que ofrece al ciudada-

no la eleccion entre el cumplimiento de una de las obligaciones sociales, ó la pérdida de uno de sus derechos.

Si quieres tener seguridad, dicen las leyes quando establecen las penas, es preciso que obedezcas nuestros preceptos; y si quieres estar independiente tén entendido que no hay seguridad para tí. La misma sociedad que defendia tu tranquilidad se armará contra tí, y no dexará sus armas hasta que hayas sufrido la pena señalada á tu delito. Los derechos que has adquirido en virtud del pacto social serán extinguidos para tí en el instante que faltes al pacto que te procuró su consecucion. Si el pacto que violaste es uno de los mas preciosos para la sociedad, tambien el derecho que perderás será uno de los mas preciosos para tí. Si con un solo delito quebrantas muchos pactos, por solo este delito serás privado de muchos derechos. Si, por exemplo, tu mano parricida se arma contra tu rey, si sacrificas á tus pasiones al padre de la patria, si

manchas con sangre aquel trono de donde dimanan las órdenes que defienden la seguridad pública, serás castigado al mismo tiempo como homicida, parricida, rebelde, sacrílego y como perturbador de la tranquilidad pública. Con solo este atentado violando todos aquellos pactos, por los quales te obligaste á respetar la vida de tus semejantes, á defender la de tu rey, á conservar ilesa la constitucion del gobierno, á respetar la santidad de los juramentos, y á no turbar la paz pública, por solo este atentado serás privado de todos aquellos derechos que en fuerza de las expresadas obligaciones habias adquirido. Perderás la vida, el honor, tus bienes y todas las prerogativas de ciudadano; porque violaste aquellos pactos que te aseguraban el goce de todos estos derechos. Eras ciudadano, y has llegado á ser el enemigo de la patria; y nosotras, por quienes se manifiesta la voluntad general, ordenamos al cuerpo que tiene entre sus manos la facultad

executiva que libre á aquella de semejante enemigo, descargando sobre tí las penas establecidas contra el horrendo atentado que has cometido, para que de este modo no puedas en adelante cometer semejante delito, y los demas se abstengan de imitar tu exemplo [1].

Este es el lenguage de las leyes expresado por sus establecimientos, que no puede dudarse que nacen de cierto derecho que se halla en la sociedad, porque si esta tiene derecho para su conservacion, debe tenerle tambien para valerse de los medios necesarios para conseguirla, y estos son las leyes, que presentan á la voluntad de los hombres los motivos mas propios para alejarlos de las acciones que dañan, y perjudican el interes comun. Estos motivos son las ventajas que las leyes ofrecen al que cumple con las obligaciones sociales, y las penas con que

1 Véase lo que dice Platon, por lo perteneciente á este objeto, en el exôrdio del diálogo nono *de Legib.*

amenazan á los que faltan á ellas. La sociedad representando, y reuniendo en sí los derechos que cada individuo tenia en el estado de la natural independencia, ha heredado tambien, mediante el contrato social, aquel derecho que cada uno de los individuos tenia sobre otro individuo quando este violaba las leyes naturales, y este derecho era el de castigarle; porque, como luego probarémos, sin él todos los otros hubieran sido inútiles; y como al modo que uno de los individuos tenia este derecho sobre cada uno de los otros, y cada uno de los otros le tenia sobre él, de la misma manera cediendo aquel en el contrato social este derecho que tenia sobre los otros, estos han cedido el que cada uno de ellos tenia sobre él. Este es el verdadero orígen del derecho de castigar que tiene la sociedad, ó sea el soberano que la representa, que no nace, como otros han pensado, de la cesion de los derechos que cada uno tenia sobre sí mismo, sino de la cesion de los

derechos que tenia sobre los otros [1]. De la necesidad de las penas, y del derecho de castigar pasemos al objeto de aquellas.

CAPÍTULO XXVII.

Objeto de las penas.

Ni la venganza de la ofensa hecha á la sociedad, ni la expiacion del reato son el objeto de las penas. La venganza es una pasion de que deben estar exêntas las leyes [2]; y la justicia no es alguna de aquellas terribles divinidades á quienes sus crueles adoradores sacrifican víctimas humanas para aplacar sus pretendidos furores. Quando las

1 Solamente he insinuado en este lugar mis ideas, las quales explicaré muy en breve quando demuestre, hablando de la pena de muerte, el derecho que se halla en el soberano para imponerla.

2 En el discurso de este libro harémos ver que, mientras que la venganza es el objeto de la pena, la sociedad se halla en el estado de barbarie. Esta verdad está bien ilustrada en el cap. 36.

leyes castigan tienen presente, y delante de sus ojos á la sociedad, y no al delinqüente; el interes público es el que las mueve, no algun odio particular; procuran dar un exemplo para lo succesivo, y no vengarse de lo pasado 1.

Sea la que se fuere la venganza, siempre seria absurda é inútil: absurda, porque las leyes que intentan moderar las pasiones de los particulares justificarian en este caso con su exemplo lo que condenan con sus preceptos: inútil, porque no podrian conseguir que el daño causado á la sociedad por el delito del reo dexase de exîstir realmente. ¿Los gritos y gemidos de un infeliz podrán acaso conseguir del tiempo, que ya pasó y no vuelve, que una accion acabada y consumada se renueve?

El objeto, pues 2, de las leyes en

1 *Nemo prudens punit*, dice Platon, *quia peccatum est, sed ne peccetur. Vease el Protagoras.* Arist. *Polit. lib.* 7. *cap.* 13., y Obbes *de Cive. cap.* 3. §. 11.

2 Nuestro autor omite la enmienda del delinqüente, objeto tan importante, que jamás de-

el castigo de los delitos solamente puede ser impedir que el delinqüente cause otros daños á la sociedad y apartar á los demas de imitar su exemplo con la impresion que en sus espíritus debe hacer la pena que aquel sufre [1]: y si este fin puede conseguirse con penas moderadas, no deben las leyes valerse de las mas severas; por lo que deberán preferirse aquellas penas que, guardada siempre la conveniente pro-

be perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas, segun nos enseña el señor don Manuel de Lardizabal, en su juicioso *discurso sobre las penas, cap.* 3. *n.* 4. Y á la verdad, si el legislador puede ganar para la sociedad muchos ciudadanos haciéndoles útiles y provechosos con la imposicion de cierta pena, ¿por qué les ha de condenar á presidio para que salgan de allí con mas vicios? ¿de este modo se respetan los derechos y la persona del ciudadano? ¿tan facilmente se renuncian las ventajas de la sociedad? Lo mismo puede decirse de las mugeres condenadas á san Fernando. (N. T.)

1 *In vindicandis injuriis*, dice Seneca, *hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque sequi debet, ut eum, quem punit, emendet, aut ut pœna ejus cæteros meliores reddat, aut ut sublatis malis securiores cæteri vivant.*

porcion con el menor tormento y aflic-cion del reo, produzcan el mayor hor-ror á los delitos, y el mayor espanto en aquellos que podian ser tentados é inclinarse á cometerlos. Por lo qual el legislador, en la determinacion de las penas para las diferentes especies de de-litos, solamente debe revestirse de aquel grado de severidad que es necesaria pa-ra reprimir la afeccion viciosa que los produce.

Si pasa estos confines cae en la ti-ranía, porque si la sociedad debe ser protegida, tambien deben ser respeta-dos los derechos de los hombres, y so-lamente es permitido sacrificar aquella porcion de estos derechos que es nece-saria para conservar y defender la se-guridad pública. Los principios y las reglas que deben dirigir al legislador, dice Platon, son los de un padre y una madre, no los de un dueño ó un ti-rano 1.

1 *Sic igitur leges civitatibus conscriban-tur, ut patris, matrisque personam lator le-gum penitus gerat: scriptaque caritatis, pru-*

Es verdad que aquella pena que bastará para apartar de los delitos á la mayor parte de los individuos de una sociedad, no bastará para apartar cierto corto número de ellos; pero esto no debe ser causa para que el legislador llegue á ser un tirano, pues solamente debe tener delante de sus ojos la mayor parte, y estar persuadido que las penas jamás podrán desterrar enteramente de la sociedad los delitos, así la mas feliz resulta que puede esperar es disminuir en lo posible su número.

CAPÍTULO XXVIII.

Diferentes especies de penas.

Segun queda dicho el delito es la violacion de un pacto, y la pena la pérdida de un derecho [1], y siendo diferen-

dentiæque virtutem habeant potius, quam domini, tirannique imperium minitantis tantum, et describentis, rationem vero nullam penitus assignantis. Plat. *de Legib. Dial.* 9.

1 Véase el cap. 1. del citado *discurso sobre*

tes los derechos es manifiesto que ha de haber diversidad en las penas.

Como hombre me competen ciertos derechos, y otros como ciudadano. La sociedad me asegura en el goce de los primeros y me concede los segundos, y los unos y los otros llegan á ser derechos sociales en el instante que los defiende, ó da la sociedad. Nosotros podemos, segun los diversos objetos á que se refieren todos estos derechos, formar diferentes clases de ellos, y deducir diversas especies de penas. La vida, el honor, la propiedad real, la personal y las prerogativas del ciudadano son los objetos generales de estos derechos sociales. Tenemos, pues, cinco clases de derechos, y de consiguiente cinco especies de penas.

Tenemos penas capitales, penas infamatorias, penas pecuniarias, penas suspensivas ó privativas de la libertad personal, penas privativas ó sus-

las penas, donde admitida la definicion que de la pena dan el Grocio y el Puffendorff, se explica cada una de sus partes. (N. T.)

pensivas de las prerogativas civiles.

Exâminando primeramente cada una de estas diferentes especies de penas, expondrémos los principios generales por los quales debemos gobernarnos en el uso de ellas: y observándolas despues con relacion á los diversos objetos que componen el estado de una nacion, verémos la influencia que cada uno de estos puede tener en el valor relativo de aquellas. Esto hará que nuestros principios sean aplicables á las diferentes circunstancias políticas, fisicas y morales de los pueblos, y facilitará la explicacion de la gran teoría de la proporcion entre los delitos y las penas.

CAPÍTULO XXIX.

De la pena de muerte.

De los simples principios, de los quales hemos deducido el derecho de castigar, se deduce tambien el derecho que reside en la soberanía para imponer la pena de muerte; y combinando

estos principios con aquellos, por los quales hemos determinado el objeto general de las penas, distinguirémos facilmente el uso de esta pena de su abuso. Si algunos modernos escritores, renovando en la memoria de los hombres un antiguo sofisma, no hubieraran inducido á la mayor parte de sus lectores á creer que la pena de muerte, de que todas las naciones han hecho uso, no puede apoyarse sobre derecho alguno, y que mas bien es una violencia que alguna vez puede justificarse por la dura ley de la necesidad: si estos autores, digo, no hubieran abrazado un paralogismo que por última resulta nos lleva á dudar de la justicia de qualquiera otra especie de pena, guardaria silencio sobre este particular, y libraria al lector de la molestia de una discusion metafísica. Pero el gran número de los que han enseñado esta absurda opinion, y de los que la han abrazado, me obligan á explicar mis ideas sobre este punto.

" ¿Qué derecho, dicen estos escri-
» tores, pueden atribuirse los hombres
» para despedazar á sus semejantes? No
» ciertamente aquel de donde resultan
» la soberanía y las leyes. Pues éstas no
» son sino la suma de las mas cortas
» porciones de la libertad de cada uno,
» que representan la voluntad general,
» que es el agregado de las particula-
» res. ¿Y quién jamás ha querido de-
» xar á los otros hombres el arbitrio
» para quitarle la vida? ¿Y cómo es po-
» sible que en el mas corto sacrificio
» de la libertad de cada particular pue-
» da comprenderse el de la vida que
» es el mayor de todos los bienes? ¿Y
» si fue hecho este sacrificio, cómo con-
» cordarémos este principio con el otro
» en que se afirma que el hombre no
» es dueño de matarse? Debia serlo si
» pudo ceder á otro este derecho, ó á
» la sociedad entera. No es, pues, con-
» tinúan diciendo, la pena de muerte
» derecho, pues queda demostrado que
» no puede serlo: es solo una guerra
» de la nacion contra un ciudadano,

» porque juzga útil ó necesaria la des-
» truccion de su ser [1]."

Para no dexar duda alguna en el ánimo del lector reduciré en forma silogística este raciocinio, para descubrir mejor de este modo su error.

Ninguno da lo que no tiene: el hombre no tiene derecho para matarse: luego el soberano que solamente es el depositario de los derechos que los individos han pasado al cuerpo entero de la sociedad, no puede tener derecho de castigarles con pena de muerte [2].

Este es el sofisma que ha engañado á tantos publicistas, y que si gobernase en el asunto, podria extenderse á todas las otras clases de penas que impone la facultad coactiva para dismi-

1 De los delitos y de las penas, §. 28.

2 El señor don Manuel de Lardizabal, en el citado *discurso sobre las penas*, *cap.* 5. §. 2. *nn.* 6. 7. *y* 8. rebate al Becaria con sus mismas armas, y en los números siguientes demuestra el orígen del derecho y potestad de castigar con pena de muerte, deshaciendo al mismo tiempo los falsos raciocinios de algunos nuevos filósofos. (N. T.)

nuir los delitos; pues con igual verdad podemos decir que la pena de galeras, de minas, de infamia y de carcel perpetua son penas de que no puede usar la autoridad soberana sin cometer una injusticia, porque del mismo modo que ninguno tiene derecho para matarse, tampoco le tiene para acelerar su muerte, y esto sucede á aquellos que son condenados á los trabajos públicos, galeras, minas, &c.

Igual argumento puede hacerse en las demas penas; pues al modo que ninguno tiene derecho para disponer de su vida, tampoco le tiene para disponer de su libertad y de su honor. Las penas infamatorias y las que privan de la libertad personal son, pues, injustas; porque si ninguno tenia derecho para privarse de estos bienes, ninguno pudo cederle al soberano.

Puffendorff en su tratado *del Derecho natural y de gentes* [1] conoció las perniciosas y funestas conseqüencias

1 *Lib.* 8. *cap.* 3. §. 1.

que podian sacarse de este principio, y procuró rebatirle; pero la debilidad de sus impugnaciones solo sirvió de dar mayor fuerza al sofisma: valióse de cierto argumento á similitudine, que tiene, como se sabe, muy poco peso en una buena lógica. Es preciso saber, dice, que al modo que en un cuerpo compuesto pueden hallarse ciertas qualidades que no se encuentran en alguno de los componentes, del mismo modo un cuerpo moral puede tener en fuerza de la union misma de las personas que le componen algunos derechos que no se hallen en alguna de las personas componentes. La armonía nace de la percusion de muchas cuerdas sonoras unisonas; pero herid una sola cuerda, y vereis como formará un sonido, pero no una armonía; por lo que si bien la armonía no compete á ninguna de las cuerdas sonoras tomadas en particular, la produce y forma sin embargo la percusion á un mismo tiempo de muchas cuerdas.

Pero á esta comparacion podria

responderse con otra no menos oportuna. Podria decirse, por exemplo, que al modo que cien mil círculos no pueden formar un quadro, porque jamás puede reducirse á quadrado un círculo, de la misma manera la voluntad de cien millones de hombres no puede hacer sea justo lo que por su naturaleza es injusto, ó digamos, pues es lo mismo, no pueden dar á todo el cuerpo el derecho que en ninguno de ellos se halla. Pero las comparaciones jamás deben ser las armas de un filósofo que raciocina y piensa.

El célebre autor del *contrato social* [1] tentó otro camino para justificar el uso de estas penas; pero sin negar á los argumentos de este filósofo aquella profundidad que ha mostrado en sus producciones, me atrevo á decir que habrá siempre mucha dificultad en deshacer el sofisma propuesto si no

1 Léase el cap. 5. del contrato social. El autor solamente modifica la menor del silogismo: no traslado aquí su raciocinio porque es bien sabido.

acudimos á los verdaderos principios, de donde nace el derecho de castigar.

Pero me ocurre cierta reflexîon en este instante. Las verdades que con mas dificultad descubrimos son aquellas regularmente que están mas cercanas á nuestra vista : así es preciso que quando pasemos á su analisis las alejemos de aquella para poderlas ver. Los ojos del entendimiento se asemejan á los ojos corporales de un viejo, que no ven los objetos cercanos y ven los que están lejos, de modo que para ver aquellos tiene que desviarlos de su vista. Lo mismo sucede en nuestro caso.

Todos conocen que la sociedad debe tener derecho para dar la muerte al que ferozmente osó quitar la vida á otro; pero quando van á buscar el orígen de este derecho no le encuentran. La verdad que se pretende ver está demasiado cerca de nuestra vista, alejémosla, y la veremos.

El hombre, fuera de la sociedad civil y en el estado de la natural independencia, tiene derecho para la con

servacion de su vida sin que pueda renunciarle ; ¿pero podrá perderle? ¿Podrá sin que le renuncie ser privado de él? ¿Se dará algun caso en el qual pueda otro quitarle la vida sin que él le haya concedido esta facultad?

¿Tengo yo derecho en este estado de la natural independencia para matar al injusto agresor? Ninguno lo duda. Luego si tengo el derecho de matarle, él ha perdido el derecho que tenia para conservar su vida, pues lo contrario envolveria contradiccion, no pudiéndose dar á un mismo tiempo dos derechos opuestos. En el estado, pues, de la natural independencia pueden darse algunos casos en los quales el hombre puede perder el derecho que tiene para conservar su vida, y otro puede adquirirle para quitársela sin que haya mediado contrato alguno entre los dos. Pero se pregunta : ¿esto tendrá lugar solamente en el instante de la agresion y de la defensa? ¿Si el éxîto corresponde á los designios del malvado agresor, si el infeliz á quien

acometió muere á los golpes de su mano homicida, en este caso el derecho que aquel habia adquirido sobre la vida del agresor se extingue con su muerte, ó pasa al resto de los hombres, siendo como es cada uno de ellos defensor y guarda de las leyes naturales? ¿Supondrémos nosotros que el agresor que habia perdido el derecho para la conservacion de su vida ántes de acabar el delito, le recobró despues de haberle consumado? ¿Podrémos creer que una misma causa (el delito) pueda producir un momento antes y otro momento despues dos efectos diametralmente opuestos?

A estas preguntas responderá por mí el mayor pensador de la Europa el inmortal Lock. » Las leyes naturales, » dice este gran filósofo [1], del mismo » modo que todas las otras leyes que » se imponen á los hombres en este » mundo, serian del todo inútiles si » en el estado natural ninguno tuvie-

[1] En su segundo tratado sobre el *Gobierno Civil*, *cap.* 11. §. 7.

» se poder y facultad para hacerlas
» cumplir, y castigar á los que las
» quebrantan, ya sea en perjuicio de
» un particular, ó de todo el género
» humano, cuya conservacion es el fin
» de estas leyes comunes á todos los
» hombres. Si en el estado, pues, de
» naturaleza debe haber derecho para
» castigar los delitos, es evidente que
» cada uno de los hombres debe tener
» este derecho sobre todos los demas,
» porque todos ellos son naturalmente
» iguales, ó (por decirlo en otros tér-
» minos) porque el derecho que en
» este estado tiene uno como hombre
» deben tenerle necesariamente todos
» los otros hombres [1]."

1 Sin admitirse la existencia de este derecho comun de castigar en el estado natural, no alcanzo como podrá jamás justificarse el derecho de confederacion entre dos ó mas naciones, para hacer respetar sus derechos y castigar á aquella que se atreviese á violarlos. Las naciones se hallan entre sí en el estado de naturaleza, como se hallaban los hombres antes de la formacion de las sociedades civiles. Hasta ahora ninguno ha negado que todas las nacio-

Podemos añadir otra reflexîon á este raciocinio de Lock. La naturaleza no hace cosa alguna sin proponerse algun fin : todo está enlazado por la ley del órden que gobierna el universo. Los fenómenos que nosotros llamamos morales, aquellos sentimientos, aquellas pasiones que se descubren en nosotros sin que concurra operacion alguna de nuestra parte, no son mas que otros tantos eslabones de aquella cadena invisible que nos lleva así á los grandes designios de la naturaleza. Esta, sirviéndome de la expresion de Aristóteles, tiene tantos medios quan-

nes tienen derecho para unirse y mover la guerra contra aquella nacion que ha violado el derecho de gentes contra alguna de ellas. No es sola la nacion ofendida la que tiene este derecho, sino que todas las otras pueden unirse á ella para vengar su agravio, supuesto que cada nacion por sí es guarda y defensora de las leyes que dependen del derecho de gentes. Si se concede este derecho á las naciones es preciso concederlo á los hombres en el estado natural, y si se niega á estos debe negarse á aquellas.

tos son sus fines [1], y nosotros podemos alguna vez averiguar alguno de sus fines por el conocimiento de alguno de sus medios. Pregunto: ¿qué objeto puede tener el ódio que en nosotros se manifiesta contra el reo de un delito que en nada interesa ni á nosotros, ni á nuestros padres, ni á nuestros amigos? ¿Quién de nosotros no padece quando ve que queda sin castigo un delito? ¿Quién de nosotros no se complace quando vé que la justicia impone al reo la merecida pena? ¿Quién de nosotros al oir un delito atroz no quisiera tener entre las manos al malvado que le ha cometido para vengar el daño que ha ocasionado al infeliz que no conocemos? Si queremos ser sinceros debemos confesar que ningun motivo de interes privado se presenta en aquel momento á nuestra vista.

1 La naturaleza muy al contrario de aquellos artifices que por su pobreza trabajan con cuchillo de palo, solamente se sirve de un medio para un fin. Arist. *de Repub. lib.* 1.

¿Si la naturaleza solamente hubiese concedido al ofendido el derecho de matar á su agresor, para qué inspirar en el ánimo de los otros hombres un ódio tan directo contra él? ¿No sería bastante en este caso el amor de la propia exîstencia para corresponder á sus designios? Y así, si la naturaleza inspira estos sentimientos, es de suponer que en el estado natural no solamente ha dado á todos los hombres el derecho de castigar los delitos, sino que ha unido á esta concesion cierto estímulo para inducirles á que lo pongan por obra. Caín manchado con la sangre de su hermano decia: *el primero que me encontrará será mi verdugo* 1; cuyo lenguage manifiesta bastantemente la exîstencia de este derecho, y el empeño en que cada uno se hallaba de cumplir con él.

Y efectivamente ¿para qué imponer al hombre tantas obligaciones si al mismo tiempo no se le detiene con al-

1 *Genesi* 4. 14.

gun freno para que no llegue á quebrantarlas? ¿Para qué concederle tantos derechos, y negarle despues aquel que era absolutamente necesario para inducir á los demas á que mirasen como sagrados aquellos derechos y los respetasen?

La ley natural hubiera sido absurda si hubiera negado al hombre este derecho [1]. La imperfeccion, pues, del estado natural no nace de que en él falte el derecho de castigar, sino de la falta de los medios, ó sea de la fuerza necesaria para hacerle valer, y exercerle en todos los casos que ocurren.

1 Si la misma me obliga á respetar mis derechos y los derechos de los demas, me debe conceder el derecho de usar de los medios necesarios para conseguir este fin, y entre estos medios el principal son las penas. Véase Wolfio *Jus naturæ*, *part*. 1. *cap*. 3. §. 1058. y 1059 donde demuestra evidentemente esta verdad, derivando de esta obligacion el derecho de castigar. Tal vez estos mismos principios son los que han hecho decir á *Malebranche*, que la imposicion de las penas mas bien es una obligacion del principado que derecho suyo.

En nuestro caso, por exemplo, si la muger del infeliz que ha muerto á los golpes de su agresor no encontrase quien fuese bastante fuerte para matar á el homicida de su marido; si ninguno quisiese poner en execucion aquel derecho que todos han adquirido contra el malvado despues de su delito; si una multitud de parientes valerosos y fuertes defendiesen al culpado, en vano la desconsolada y afligida muger recordaria á los demas hombres sus derechos, en vano sus lágrimas despertarian en sus tímidos corazones aquellos sentimientos, por medio de los quales la naturaleza por sí misma en otras circunstancias les hubiera inducido á la satisfaccion: el asesino protegido con la prepotencia de la fuerza quedará sin castigo, y toda empresa contra él solamente servira de multiplicar las víctimas de su perfidia y los perniciosos exemplos de su impunidad.

Esta imperfeccion del estado natural se ha corregido en el estado civil.

En este estado no se ha ido en busca de algun nuevo derecho, solamente se ha asegurado el exercicio del que ya ántes exîstia. En este estado no es un particular el que se arma contra otro para castigarle por el delito que ha cometido, sino la sociedad entera : el depositario de la fuerza pública es el que exerce este derecho, del qual se han despojado los individuos para trasladarle y ponerlo á la disposicion de todo el cuerpo ó de la soberanía que lo representa.

Pero esta cesion no fué hecha en un instante. Pasó mucho tiempo ántes que los hombres se despojasen del exercicio de un derecho tan precioso, y tan estimable para ellos, perdiéndolo poco á poco y por grados casi insensibles. En el discurso de este libro demostrarémos el modo como sucedió esta lenta progresion y como fué siguiendo los pasos de la misma sociedad [1].

Recapitulemos empero todo quanto queda dicho.

1 En el cap. 36.

El hombre en el estado natural tiene derecho para conservar su vida, no puede renunciar este derecho, pero puede perderlo por sus delitos.

Todos los hombres tienen en aquel estado derecho para castigar la violacion ó infraccion de las leyes naturales; y si la violacion de estas ha hecho digno de muerte al transgresor, todo hombre tiene derecho para quitarle la vida. Este derecho, que en el estado de la independencia natural tenia cada individuo sobre todos, y todos sobre cada individuo, es el que por el contrato social pasó á la sociedad y se depositó en las manos del soberano. El derecho, pues, que tiene el soberano para imponer, tanto la pena de muerte como otra qualquiera pena, no nace de la cesion de los derechos que cada uno tenia sobre sí, sino de la cesion de los derechos que cada uno tenia sobre los otros [1].

[1] Esta nota tiene por objeto el deshacer una objecion que qualquiera pedante publicista podria oponer contra lo que hemos dicho acer-

Al mismo tiempo que yo he depositado en sus manos el derecho que tenia sobre la vida de los otros, los otros le han pasado el que ellos tenian sobre

ca del derecho de castigar que tiene el hombre en el estado natural. La pena, dicen estos publicistas, es un acto de autoridad de un superior para con un inferior; pero un igual no puede tener imperio sobre otro igual: *par in parem non habet imperium*: siendo, pues, todos los hombres iguales en el estado natural, no puede hallarse entre ellos quien tenga derecho para castigar. Para responder á esta objecion podria negar la mayor del silogismo, y decir que esta circunstancia de superioridad, que los publicistas creen necesaria en el que impone la pena, solamente es admisible en el estado civil de los hombres. Podria decir con Barbairac en los *Coment. al derecho Natural y de Gentes de* Puffendorff, *lib.* 8. *cap* 3. §. 4. *not.* 3., que como por una conseqüencia necesaria de la constitucion de la sociedad civil solamente se imponen las penas por un superior; de aquí nace que los hombres acostumbrados á creer esta circunstancia, como esencial de las penas y suponiéndolo un hecho cierto, sin haberlo demostrado lo tienen por una nocion comun que en sí misma trae la prueba. Pero dexemos sus ideas sobre las penas á los publicistas, y respondamos á la objecion sin negar el principio de donde se ha deducido. Pregunto,

la mia: y he aquí como yo y los otros, sin ceder el derecho propio de la conservacion de nuestra vida, nos hemos expuesto igualmente á perderla si caemos en aquellos excesos, contra los quales la facultad legislativa ha impuesto pena de muerte.

¿Pero qué excesos son estos y qué delitos son los que la autoridad legislativa puede castigar con esta especie

¿qué se entiende por igualdad natural? Esta no puede ser otra cosa que la igualdad de los derechos. Los hombres, pues, son iguales en el estado natural, porque tienen iguales derechos. Si uno de ellos, pues, pierde un derecho mientras què los otros le conservan, el que lo pierde no es naturalmente igual á aquellos que le conservan, sino que estos son superiores á él. Ahora bien: en el estado natural el que se atreve á vulnerar alguno de los derechos de otro, pierde, como hemos visto, al mismo tiempo el derecho correspondiente que él tenia: en este caso, pues, él no es ya igual al resto de los demas hombres, y consiguientemente todos los otros que no han perdido derecho alguno son superiores á él, y como superiores pueden castigarle. El delito, pues, al mismo tiempo que destruye la igualdad, pasa á los otros el derecho de castigar.

de pena? ¿Si en la soberanía se halla el derecho para imponer las penas capitales, como queda probado, en qué casos podrá usar de este derecho? ¿Quáles son los límites que distinguen su uso del abuso? Consultemos la razon y la experiencia, y atendamos lo que ellas nos dicen.

CAPÍTULO XXX.

De la moderacion con que debe usarse de la pena de muerte.

Quitar la vida á un hombre, sacrificar á la pública tranquilidad la exîstencia de un individuo, emplear aquella misma fuerza que defiende nuestra vida, para privar de ella á aquel que por sus atentados ha perdido el derecho de conservarla, es un remedio violento que solamente será útil quando se use de él con la mayor economía, y que por poco abuso que se haga degenera en un veneno mortífero

que insensiblemente llevará tal vez el cuerpo político á la disolucion y á la muerte. Es una triste prueba de esta verdad lo que sucede en algunas naciones de Europa.

¿Qué conseqüencia ha acarreado entre estas naciones el abuso que se ha hecho de la pena de muerte?

Se ha multiplicado el número de algunos de los delitos mas atroces; otros de menor atrocidad quedan sin castigo, y ha perdido su vigor la pena de muerte.

Todos se quexan en Francia de los muchos asesinatos, y todos atribuyen este mal á la ley que castiga con pena de muerte el simple hurto. Falta en este país al ladron cierto freno para que no llegue á ser asesino [1]. Si roba se le condena á muerte, si roba y

[1] Regla general, dice uno de nuestros sábios: "Las leyes penales deben hacerse de modo, que el que se determine á cometer un delito tenga algun interes en no consumarle, en no cometerle con ciertas circunstancias que le hagan mas atroz y pernicioso, en no pasar de una atrocidad á otra." *Discurso sobre las penas, cap. 2. n. 14.* (N. T.)

mata se le condena á la misma pena. El ladron, pues, pasa casi siempre á ser asesino, porque este segundo delito, sin exponerle á mayor pena, le libra de un testigo de vista, cuya denuncia puede llevarle al suplicio. Por castigar, pues, el hurto con pena de muerte se han multiplicado los asesinatos en Francia.

La segunda conseqüencia que nace del mismo principio es que quedan sin castigo otros delitos menos atroces. Regla general: una ley tiránica no puede durar en un pueblo libre; una ley feroz tarde ó temprano perderá su fuerza en un pueblo humano. Si no la deroga la autoridad legislativa, la hará callar la conjuracion que contra ella levantarán las costumbres; y la negligencia ó la dureza del legislador será entónces la causa única de los progresos de los males que otra ley mas humana podia facilmente impedir. Son muchos los exemplos que prueban esta verdad, pero me ceñiré á dos solamente.

La quiebra fraudulenta seria un delito mas raro si se castigase con menos rigor. En casi todos los códigos de la Europa se castiga con pena de muerte. [1]: ¿pero hasta ahora quántos de los que han quebrado fraudulentamente han muerto ahorcados? Del exceso de la pena ha nacido la impunidad, y de esta el cometerse con tanta freqüencia aquel delito. La Europa está llena de negociantes que, despues de haber abusado de la pública confianza, pasan tranquilos sus dias gastando lo que les queda del patrimonio de tantos infelices, á quienes su mala fe reduxo á la mendicidad. Todos creen que están

1 Un zeloso patricio clama por la reforma de esta pena, y dice: „Que para evitar estos „excesos demasiado comunes seria conveniente „imponer otra pena mas moderada y análoga al „delito, pero que se executase irremisiblemen„te. Lo que se hace mas necesario, continúa, „en un tiempo en que aumentándose cada dia „con el luxo la corrupcion de las costumbres, „se multiplican tambien estos perniciosos devo„radores de bienes agenos con notable detrimen„to de la república." (N. T.)

obligados á favorecer al negociante en la ocultacion de su delito. Las mismas partes interesadas no reclaman contra el delinqüente el rigor de la ley; y el magistrado que no se atreve á condenarle á la pena que aquella señala es el primero que procura hacer dificil la prueba del crímen, ó que quede sin castigo el reo.

Lo mismo sucede con el hurto doméstico. ¿Sería tan freqüente este delito si la ley no le castigase con pena de muerte? Por no ver el dueño levantado delante de su puerta el patíbulo, por no exponerse á las maldiciones del pueblo oculta á la justicia el ladron, tiene por delito el acusarle, y el hurto queda sin castigo baxo la proteccion de aquella misma ley que le castiga con pena de muerte.

La última conseqüencia que nace del abuso de la pena de muerte es, que pierde su fuerza esta pena. Me veo precisado á decir algunas cosas obvias, porque la naturaleza de mi obra y el órden de mis ideas no me permiten ca-

llarlas; pero presto será recompensado el lector con la novedad de lo que despues expondrémos.

Las penas tienen su valor absoluto, y su valor de opinion. El primero se halla en lo intenso de la pena, el segundo en la imaginacion de los hombres. El primero se mide por el bien que se pierde, y el segundo por la impresion que esta pérdida hace en el ánimo de aquellos.

No puede dudarse que las impresiones mas fuertes pierden su mayor vigor quando son freqüentes. La dureza que se vé en la superficie de los cuerpos animados, causada por la continua percusion de los cuerpos externos, no se diferencia, sino en el sugeto, de la que se engendra en el espíritu por la repetida impresion de las imágenes de los objetos que se le presentan. Lo intensivo de qualquiera mocion del ánimo pierde su fuerza, á medida que el número y la freqüencia de las causas que la excitan crece. La muerte nunca se mira con mas indife-

rencia que en el tiempo de peste y guerra.

El horrendo espectáculo, pues, de un delinqüente, conducido al patíbulo por manos de la justicia, no hará aquella impresion que debe hacer, si freqüentemente se pone á la vista del pueblo. La ley, engañada en sus esperanzas, verá que los espectadores miran con indiferencia la execucion de sus mas terribles decretos, y leerá en la intrepidez de sus rostros la ineficacia de un remedio, cuyo precio es la vida de un hombre [1].

Esto es lo que se advierte en aquellos paises donde se abusa de la pena de muerte: pero no nos detengamos mas sobre esta verdad que es bien sabida y nadie impugna; y sin molestar al lector con otras reflexîones, dirigidas á probar lo que no niega, determinemos en pocas palabras los casos á que debe limitarse, y en qué modo

1 *Severitas, quod maximum remedium habet, assiduitate amittit autoritatem.* Senec. *de Clem. lib.* 1. *cap.* 21.

debe usarse de esta pena. Castíguese con la muerte á aquel hombre que á *sangre fria directa ó indirectamente* [1] ha quitado con ferocidad la vida á otro hombre; al que ha hecho traicion á su patria, al que ha intentado destruir su constitucion; en pocas palabras, al que se ha hecho reo de Magestad *in primo capite*: limitándose á solos estos casos el uso de esta pena se procederá á la execucion con todo aquel aparato que pueda causar la mayor impresion en los ánimos del pueblo; pero debe procurarse al mismo tiempo que no sea muy dolorosa para el reo: que la diferencia de esta pena, si está señalada para delitos diferentes, consista en que se unan á ella otras penas, y no en el mayor ó menor tormento; que se destierren todos aquellos suplicios feroces

1 Los atentados indirectos serán, una acusacion calumniosa, ó el atestiguar falsamente un delito que trae consigo la pena de muerte; tambien entran en este número los que venden venenos, y los delitos de los jueces en materias capitales.

que aun estan en uso entre algunas naciones que se glorían de ser humanas en sus costumbres, pero que aun son bárbaras en sus códigos; que la justicia se avergüence de cubrirse con el manto de la tiranía quando conduce sus víctimas al patíbulo; que esté persuadido el legislador que los tormentos muy extraños solamente exâsperan los hombres sin corregirlos; que debilitan los efectos de la pena en lugar de darles mayor fuerza; que excitan la compasion de los otros para con el delinqüente, y no el horror de su delito; que dan exemplos de ferocidad, en lugar de las benéficas instrucciones de justicia; que esté persuadido finalmente que nunca acompañará á una execucion de esta naturaleza la aprobacion pública; que una execucion que no ha sido aprobada por el voto del pueblo es inútil, y que una execucion inútil es injusta; porque el objeto de la ley en el castigo no es vengar la sociedad de la ofensa que ha recibido del reo, sino librarla de los

nuevos males á que estaba expuesta si aquel quedase sin castigo 1. Este es el uso que la razon, la justicia y la humanidad permiten que se haga de la pena de muerte.

CAPÍTULO XXXI.

De las penas de infamia.

Las sensaciones dolorosas no son de las que solamente se vale la legislacion penal en los gobiernos moderados: solo el despotismo no usa de otros medios que del palo, de los dogales y de los tormentos para apartar de los delitos á sus viles esclavos. Donde reyna un tirano, los bienes y los males reales son los que solamente se aprecian, los de opinion no son conocidos, porque no hay ni puede haber opinion estable en un pais donde el modo inconstante de pensar de uno solo regu-

1 Véase el capítulo que trata del objeto de las penas.

la y determina el modo de pensar de todos; donde el que manda dispone de los espíritus como de los cuerpos, y el que obedece es una piedra inmovil que toma la direccion que le da el brazo que la mueve. No sucede lo mismo en los gobiernos moderados; pues en ellos la autoridad soberana se halla con dobles medios para reprimir los afectos viciosos de los ciudadanos.

Los dos géneros dè exîstencia física y moral que pertenecen al ciudadano forman la doble cadena de obstáculos contra los delitos en estos gobiernos; y los que dependen de la exîstencia moral, si sabe hacerse buen uso de ellos, tienen tanta fuerza y aun mayor que los que nacen de la exîstencia física. Pero entre estos obstáculos que dependen de la exîstencia moral, ó sea de las relaciones morales que el ciudadano tiene con la sociedad, no puede dudarse que uno de los mas fuertes es el temor de la infamia ó la pérdida del derecho que tiene el ciudadano á la pública opinion. Esta opinion tan esti-

mada del hombre, esta opinion que por conservarla la joven Indiana se arroja voluntariamente en las llamas donde se quema el cadáver de su difunto marido [1]; esta opinion que por

[1] Esta costumbre de los indios parecerá mucho mas estraña si se atiende á que entre ellos está recibido el dogma de la Metempsicosis. Creen que el alma despues de la separacion del cuerpo pasa á animar otro cuerpo, y que estas transmigraciones sucesivas y continuas no han de tener fin. No alcanzo como estando recibido este sistema se haya establecido que la esposa debe mezclar sus cenizas con las de un marido, de quien siempre ha de vivir separada; pero por un efecto de la contradiccion que se halla ordinariamente en el espíritu humano, una esposa que no cometiese y evitase este horrible suicidio quedaria para siempre infame en el *Indostan*, y sus hijos participarian tambien de la misma ignominia. Los europeos han tenido que vencer mucho para disminuir el número de estos espectáculos en los paises que han subyugado; y algunos príncipes moros han hecho objeto de comercio el permitirlos mediante una considerable suma. ¡Pero quién lo creyera! Se han visto algunas mugeres indianas entregadas á los trabajos mas penosos para ganar la suma con que debian pagar el permiso de este estraño suicidio. Si la opinion tiene tanto poder contra

mantenerla el valeroso guerrero corre ácia el enemigo, no de su patria ó de su familia, sino de su rey, á quien tal vez solamente conoce por los males que le ha hecho sufrir; esta opinion que algunas veces por conservarla el hombre se muestra superior á todas las pasiones, rompe todos los frenos, quebranta todas las leyes divinas y humanas, y atrevido ofrece su pecho á la espada de un enemigo en un duelo, cuyo éxîto es ó caer muerto á los golpes de la espada de su contrario ó al golpe de la segur de un verdugo, ó perder la patria, los padres, los amigos, sus bienes, y todos los objetos que le son mas amables, si la fuga le libra del rigor de la ley que le condena á muerte; esta opinion que el hombre prefiere á la vida, porque le sobrevive y no queda se-

la naturaleza y la razon, ¡qué fuerza no tendrá quando vaya combinada con la una y con la otra! En el libro quarto de esta obra nos ocuparémos en el exámen de este grande objeto, que solamente lo consideramos aqui por el lado que interesa al código penal.

pultada con sus cenizas, permaneciendo unida á su nombre aun despues de haber dexado de exîstir; esta opinion, digo, pone en las manos de un hábil legislador los instrumentos mas poderosos para apartar á los hombres de los delitos.

El Egipto fue el primero que conoció la fuerza de este medio, y enseñó á las otras naciones el uso ventajoso que las leyes podian hacer de él. Con el mas ingenioso artificio los sábios legisladores de este antiguo pueblo procuraron intimidar al malvado con cierta pena que se imponía despues de la muerte. El hombre poderoso que quebrantaba las leyes mientras vivia podia tener esperanza de quedar sin castigo á la sombra de su mucho poder; pero acabándose este con su muerte no podia evadir el terrible decreto de un riguroso juicio que condenaba á un eterno oprobio su nombre, y dexaba sin sepultar sus odiosas cenizas.

El ciudadano, el magistrado, el sacerdote, y hasta el mismo rey debia ser juzgado despues de su muerte ántes que se le diese sepultura. Un espantoso lago separaba la habitacion de los muertos de la de los vivos, sobre cuyas hondas se colocaba el cadáver, y un pregonero en voz alta le intimaba este terrible juicio: "Quién quie- » ra que seas, le decia, ahora que tu » poder se ha acabado con tu vida, aho- » ra que los títulos y las dignidades te » han abandonado; ahora que la envi- » dia no oculta los beneficios que has » hecho, ni el temor tus delitos, ni el » interes pondera tus vicios ó tus virtu- » des, ahora es el tiempo de dar cuen- » ta á la patria de tus acciones. ¿Qué » has hecho en el tiempo que has vi- » vido? La ley te lo pregunta, la pa- » tria te escucha, y la verdad sola de- » be juzgarte."

Entonces quarenta jueces oian las acusaciones que se intentaban contra el difunto, y se manifestaban los delitos

que durante su vida habian estado ocultos. Se exâminaba con el mayor rigor cómo habia obedecido á las leyes si era ciudadano, cómo habia administrado la justicia si era magistrado, cómo habia exercitado las funciones de su ministerio si era sacerdote, y el uso moderado que habia hecho del poder supremo si era rey. El ciudadano que habia violado las leyes; el magistrado que habia abusado de ellas; el sacerdote que las habia despreciado, valiéndose de la capa de la superticion; el rey que habia derramado la sangre del pueblo en una guerra injusta, que habia malversado las rentas públicas en sus placeres, que habia usado de violencias contra los particulares y de extorsiones contra el público, que habia dictado ó protegido una ley injusta; en pocas palabras, que habia abusado de sus derechos y obscurecido el esplendor del trono; todos eran igualmente condenados á la infamia y privados de sepultura. Esta solamente se concedia á

aquellos á quienes los jueces declaraban inocentes, precediendo á este último oficio un elogio, cuyo objeto era animar á la posteridad del difunto á la imitacion de sus virtudes y de su exemplo [1].

A esto se reducian aquellos famosos juicios que se formaban contra los muertos en Egipto, de los quales toda la antigüedad ha hablado con tanta admiracion, como que fueron los que tuvieron mas influxo en los rápidos progresos que la virtud hizo entre aquellos pueblos que con razon podian gloriarse de ser los primeros que instruyeron á los hombres. Esta nacion fue, como queda dicho, la primera que conoció la posibilidad de substituir los sentimientos á las sensaciones, las penas ideales á las penas reales, y la ignominia á los tormentos.

Despues de los Egipcios Minos [2],

1 Diod. *lib.* 1.
2 Plut. *in Minos.*

Licurgo [1], Zaleuco [2], Carondas [3] y

1 Nicol. Gragii, *de Repub. Lacedæm. lib.* 3. *tab.* 4. *Instit.* 1. 2. *y* 3 *tab.* 6. *Instit* 10 *y tab.* 8. *Instit.* 11. *Apud* Gronov. *in Thesaur. Antiquit. tom.* 5.

2 Polibio, hablando de la legislacion de los Locrenses, trae entre otras una ley de este legislador que, para impedir el luxo de las mugeres, ordenaba que solamente las prostitutas pudiesen traer ornamentos de oro y vestidos pintados. Diodoro Siculo la refiere con mas extension en el *lib* 12. *hist. cap.* 21. „Ninguna mu„ger, decia la ley, de condicion libre, sino que „esté embriagada no pueda tener en su servicio „mas de una esclava: que no pueda salir de no„che fuera de la ciudad, sino es que salga á „buscar á su amante: que no se cargue de jo„yas, ni de telas pintadas, sino es que pro„fese ser cortesana: que ningun hombre vista „paño milesio, sino es que se entregue á una „infame disolucion." Una ley semejante se observó tambien en Esparta, como puede verse en Clemente Alexandrino, *Pedag. lib.* 2. *cap.* 10. y Eliano *Var. hist. lib.* 14. *y* 7

3 Estableció cierta pena infamatoria contra los calumniadores, y otra contra aquellos que abandonaban el exército, ó no querian tomar las armas en defensa de la patria. Los primeros eran conducidos por las calles públicas coronados de hiedra, para dar á conocer al pueblo hasta donde llegaba su malicia, y los últimos eran expuestos por tres dias en la plaza pública vesti-

Solon [1] mostraron en Creta, en Esparta, en Locri, en Turio y en Atenas los prodigiosos efectos que nacen de la opinion pública bien manejada, y del temor de la infamia si las leyes hacen una oportuna aplicacion de ella.

La misma Roma mientras que fue libre y virtuosa conoció quanto podia contribuir para conservar las costumbres la correccion del censor; pues aunque á su juicio no se seguia la pérdida de alguna de las prerogativas del ciudadano, sin embargo era temido por

dos de muger. Diod. Sicul. *ad Olimp.* 83. *an.* 3. Estas dos leyes bastan para que este legislador merezca de Aristóteles las alabanzas que le da en el *lib.* 2. *de Repub. cap. ult.*

1 Véase la coleccion de las leyes aticas de Petit en varios de sus títulos, y especialmente el *tit.* 9. *del lib.* 4. *y el tit.* 3. *del lib.* 8. Potero *Archæologia Græce lib.* 1. *cap.* 15. donde habla de las tres especies de Ατιμια, ó sea de ignominia que señalaba la ley, y de la pena llamada Στηλη, que consistia en escribir en una coluna el delito y el nombre del delinqüente. Demost., *in Orat. in Næeram*, trae una ley por la qual se prohibia al marido el retener á la muger adúltera, y á esta el asistir á los sacrificios

la ignominia que acarreaba sobre su persona [1]. No hablo de la infamia de derecho que iba unida á la pérdida de una gran parte de las prerogativas del ciudadano [2]; pues esta conservó su fuerza, aun despues de haber perdido la otra su vigor con la decadencia de las costumbres, de la censura y de la libertad. El romano que quedaba degradado, por las violencias de la tiranía, no temia quizá la infamia impuesta por la ley porque le privase de la opinion pública, temiala como una pena que le excluia de todas las prerogativas civiles [3] ó militares [4], de todo ministerio de justicia [5], de todo mando y de

1 *Censoris judicium nihil fere damnato affert, nisi ruborem. Itaque quod omnis ea judicatio versatur tantummodo in nomine, animadversio ista ignominia dicta est.* Cicer. *lib.* 4. *de Repub.*

2 Sigon. *de Judicis, lib.* 2. *cap.* 3.

3 *L.* 3. *C. de Dignit.*

4 *L.* 4. §. *ad tempus, D. de re milit.*

5 *L. ne quis* 38. *C. de decur. L.* 1. *D. ad Leg. Jul. de vi priv. L. cum prætor* 12. § *Lege. D. de jud. L.* 2. *D. de offic. adsessoris.*

la esperanza de obtenerle [1] y que le prohibia hasta poder acusar [2] y ser testigo en juicio [3]. El amor del poder uniéndose entonces al débil temor de la infamia, daba á las penas infamatorias aquella fuerza que hubiera perdido toda su eficacia á no haber estado combinada de este modo. Pero no fue solo el despotismo entre los romanos la única causa que quitó á la infamia su valor absoluto. Los muchos infames y el abuso que se hizo de las penas infamatorias [4] hubieran producido tambien el mismo efecto en otra forma de gobierno aunque mas moderado.

Regla general: para dar el mayor valor á las penas infamatorias y para conseguir que siempre le conserven es

1 *L.* 1. §. *secundo, y* §. *aud prætor* 8. *D. de postul.*

2 *L.* 4. *y L.* 8. *D. de accus.*

3 *L* 3. *y L.* 21. *D. ae testib.*

4 Para quedar convencidos del abuso que se hizo en Roma de la pena de infamia basta leer en el *D. el tit. de iis, qui notantur infamia*, y en el *C. el tit. ex quibus causis infamia irrogatur.*

preciso que la imposicion de estas penas no se oponga, sino que vaya acompañada de la opinion pública; que no se multiplique demasiado el número de los infames; y que no se apliquen estas penas á aquella clase de la sociedad que poco ó nada conoce el honor. La explicacion de los tres principios que comprehende esta regla manifestará al legislador el uso que debe hacer de las penas de infamia. Empiezo por el primero.

La infamia legal es de ningun valor, si no va acompañada de la infamia nacida de la opinion. Esta no dexa de ser una verdad evidente, aunque ignorada de algunos legisladores. La infamia es una pena, y la pena no es mas que la pérdida de un derecho. ¿Pero qué derecho es el que se pierde por la pena infamatoria? Si la ley no une á esta otras penas, el derecho que se pierde es el que se tiene á la opinion pública. Ahora bien, si la opinion pública no tiene por infame al que la ley condena á la infamia, la pena se des-

vanece por sí misma, porque pierde su efecto 1.

Mas se pregunta: ¿Puede esto suceder jamás? ¿Podrá la ley arreglar á su àrbitrio la opinion pública? ¿Podrá conseguir que el público tenga por infame á aquel á quien se ha impuesto la tal pena?

Dos reflexîones, fundadas sobre algunos hechos, bastarán para satisfacer estas preguntas.

Supongamos que un legislador para hacer vanidad del sumo poder de sus leyes quisiese declarar por honrosa la condicion del verdugo. Supongamos que el que exerce este oficio terrible fuese honrado á un mismo tiempo con los títulos mas ilustres y con las insignias de las órdenes mas distinguidas del estado; y que sus descendientes tuviesen derecho para gozar de la nobleza que la ley le habia concedido, y que

1 ,, El arma terrible de la infamia mas es- ,,tá en poder de la opinion y de las costumbres ,,que en la mano del legislador." *Discurso sobre las penas*, *cap.* 5. §. 4. *n.* 6. (N. T.)

fuesen admitidos á todos los empleos y dignidades civiles; sin embargo el verdugo y sus hijos honrados por la ley quedarian infames como antes en la opinion del público. Los títulos y los honores que se les habian concedido, en lugar de honrar su condicion, llegarian á ser despreciados de los que ántes los deseaban, y con una instantánea revolucion se convertirian en señales de infamia aquellos que ántes lo eran de la nobleza y del mérito.

Quizá dirá alguno que en nuestro caso la naturaleza es la que determina la opinion pública para que aborrezca al que exercita este ministerio sangriento, y así que el permanecer en el mismo dictamen no debe atribuirse á la opinion, sino á la naturaleza, que es la que determina á aquella. La ley triunfaria de la opinion si esta no fuese sostenida é inspirada por la naturaleza

Para responder á esta objeccion pregunto: ¿qué fundamentos hay para persuadirnos que la infamia del verdugo viene inspirada por la naturale-

za? ¿La naturaleza por ventura dexa de ser constante en sus operaciones? ¿Si ella, pues, determinase á la opinion pública para que aborreciese al verdugo, por qué no habia de inspirar el mismo horror contra el soldado que executa en su compañero la sentencia de muerte? ¿Por qué debia honrarse el granadero que descarga un tiro de fusil contra su camarada, que tal vez habrá solamente faltado á las leyes de la disciplina militar, y quedar infame el verdugo que quita la vida en un patíbulo á un monstruo que ha cometido los mas horrendos atentados? ¿Si la naturaleza determina á la opinion para que declare por infame al verdugo, no hubiera sido infame entre todos los pueblos y en todos tiempos? ¿De dónde nace, pues, que en Marruecos el Rey es el verdugo de sus súbditos? ¿Por qué en las antiguas monarquías de la Asia exercia este oficio uno de los primeros oficiales de la corte, que era honrado con el nombre de *Gran sacrificador*? ¿Por qué entre

los israelitas era el executor de la sentencia de muerte todo el pueblo ó los acusadores, ó los padres del homicida, y alguna vez los mismos jueces, sin que sus manos manchadas con la sangre del reo quedasen infames? ¿Por qué entre los romanos no eran tenidos por infames los *lictores*? ¿Por qué entre los antiguos galos sus venerables *druidas* no perdian nada en el concepto del pueblo, despedazando juntamente con sus víctimas á los hombres que eran dignos de muerte por sus delitos? ¿Por qué en otros tiempos la sentencia de muerte se executaba en algunos paises de la Alemania por el mas jóven de la comunidad; en Stedien por el último que se habia domiciliado en el pais; en Franconia por el que últimamente se habia casado; y en Reunting por el último magistrado que era admitido en el consejo, sin que ninguno de estos honrados executores quedase infamado en la opinion pública? Y últimamente, ¿Aristóteles se hubiera atrevido á contar entre los magistrados al

verdugo si en su tiempo entre los griegos hubiera sido aborrecido y despreciado su ministerio como en el dia [1]?

Estos hechos demuestran bastantemente que la naturaleza no tiene parte alguna en la infamia con que al presente está notado el verdugo, porque de otro modo ó la naturaleza sería inconstante en sus operaciones, ó la infamia del verdugo hubiera sido siempre la misma entre todos los pueblo y en todos los tiempos. Luego la objecion propuesta está fundada en un falso supuesto. Pasemos á la segunda qüestion.

Se pregunta: ¿si basta que la ley declare á uno por infame para conseguir que sea tenido por tal en la opinion pública? Un solo hecho bastará para resolverla. En cierta nacion de la Europa para reprimir y contener los duelos se acudió á uno de los remedios que parecia el mas propio para destruir el mal en su mismo orí-

1 Arist. *de Repub. lib. 6. cap. ult.*

gen. Se prohibieron los duelos declarando que fuesen tenidos por infames el que desafiaba y el que aceptaba el desafio. ¿Pero qué efectos produxo esta sancion? Los duelos continuaron en ser freqüentes como ántes, sin que la opinion pública confirmase la infamia impuesta por la ley. Era despreciado el que no aceptaba el duelo, este era tenido por infame en la opinion pública, y el que aceptaba era tenido por infame en el derecho.

El infame *juris* continuaba en ser respetado por sús conciudadanos; así solamente era infame en el nombre. Al contrario el que habia obedecido á la ley, era despreciado por el público, y aunque no era tenido por infame en el derecho lo era en el hecho. Si despreciamos, pues, la infamia de la ley y tememos la de la opinion, despreciamos la infamia en el nombre y tememos la infamia *facti*.

No es, pues, la ley la que impone la infamia, solamente puede hacerla manifiesta y darla á conocer. La opi-

nion pública, que es la propiedad mas libre que tiene el pueblo, y la que mas estima; la opinion pública que debe ser rectificada por las luces, y corregida por la instruccion, pero que nunca debe ser violentada, ni despreciada por las leyes; la opinion pública, digo, es la que solamente puede determinar la infamia El legislador solamente debe favorecer las leyes de esta misma opinion quando esten combinadas con el interés público, manifestando con la solemnidad del juicio y con la publicacion de la pena infamatoria la infamia del reo, que sin este acto público quedaria tal vez incierta y oculta, ó á lo menos seria conocida de pocos.

Las penas infamatorias no deben, pues, ser aplicadas á otros delitos que á los que por su naturaleza son infames [1]. Esta es la primera regla que de-

1 Quiero traer aquí una ley de los Borgoñones que está formada segun este canon. Por una antigua y universal preocupacion el adulterio es un delito que infama á la muger, pero

be dirigir el uso de esta pena [1]. Paso al segundo principio que queda sentado en la regla genèral, y mira al número de los infames.

No son necesarias muchas luces para conocer que el valor de las pe-

no al hombre : conformándose con esta opinion pública la ley de los Borgoñones en el castigo de este delito, impuso cierta pena pecuniaria al hombre, y á la muger la nota de infamia. Véase la coleccion de Lindembrogio, en el código de los Borgoñones, cap. 44.

1 „Pero tambien será siempre muy útil „esta pena para reprimir cierto género de deli„tos que se fundan en el orgullo y en una espe„cie de fanatismo, para los quales no son con„venientes las penas corporales y dolorosas, „porque consiguen en el mismo dolor su gloria „y alimento. Pero la ridiculez, el desprecio y „la infamia refrenan poderosamente el orgullo „de los fanáticos. Despreciará uno de estos la „misma muerte: la sufrirá con intrepidez, cre„yendo y haciendo creer al vulgo ignorante „que padece una verdadera persecucion por la „justicia, y que muere tan lleno de gloria co„mo si fuera un martir. Pero no tendrá valor „para sufrir el desprecio y ser tenido por un „fanático iluso, quando aspiraba á pasar por „un héroe y valeroso defensor de la justicia y „de la verdad." *Discurso sobre las penas. c.* 5. §. 4. *num.* 7. *y* 8. (N. T.)

nas infamatorias depende de la economía con que se usan. La infamia es una pena de opinion, y las impresiones demasiado freqüentes sobre la opinion debilitan la fuerza de la misma opinion 1. Se hará mas patente esta verdad con un exemplo. Un peligro muy grande amenaza á un pueblo. Un ciudadano atrevido se expone á los mayores riesgos para salvar á su patria, y el éxîto corresponde á sus esperanzas; vuelve de su gloriosa empresa coronado de las señales de su patriotismo y de su valor, y la nacion llena de alabanzas á su héroe, y la opinion pública le iguala á los dioses. Se renueva el mismo peligro muchas veces, y muchos ciudadanos, uno despues de otro, corren exponiéndose á los mismos riesgos, para defender la patria que se halla consternada y lle-

(1) „Por la misma razon, como sabiamente observa el citado Autor, tampoco debe recaer nunca la infamia sobre muchas personas á un tiempo, porque la infamia de muchos se resuelve en no ser infame ninguno. Ibidem. (N. T.)

na de espanto, y todos ellos vuelven triunfantes de su feliz empresa. La salud de la patria se debe igualmente al primero que al último, y los riesgos á que se ha expuesto el último son iguales á los que padeció el primero. El pueblo está persuadido de que ha sido igual el beneficio que ambos le han hecho, y que es igual su mérito. ¿Pero el heroismo del último hará la misma impresion en la opinion pública, que la que hizo el heroismo del primero? ¿La opinion pública que ha sufrido tan repetidas impresiones de un mismo género, tendrá igual fuerza en las últimas que en las primeras? ¿Qué efecto producirán estas repetidas impresiones? A el último héroe no llegará aquella cantidad de opinion que llevó el primero; pero tambien el primero perderá toda aquella que llevó sobre el último.

Apliquemos este principio á la infamia, y hallaremos que al modo que el demasiado número de héroes debilita en la opinion de los hombres el

mérito del heroismo, de la misma manera el demasiado número de infames debilitará en la opinion de los hombres el valor de las penas infamatorias; veremos que, tanto en las penas como en los premios de opinion, se disminuye su valor á medida que se multiplica el número de los castigados ó de los premiados [1], y encontraremos finalmente que así en los unos como en las otras, no bastan los dos cánones que quedan ya explicados para dirigir su uso, y que es preciso otro que determine la condicion de las personas á quienes debe aplicarse.

Se halla en la sociedad cierta clase de hombres que conoce muy poco ó nada el honor, que estima en muy

1 Viendo Solon que en Atenas se habia multiplicado demasiado el número de los infames, hizo establecer que fuesen restituidos á sus honores todos aquellos que habian sido condenados á la pena de infamia antes de su Pretura, á excepcion de algunos que nombraba la ley. „Infamia notati quotquot sunt ante Solo„nis Præturam, integræ famæ restituuntur, „præter quam iis &c." Solonis *Lex ex Plutarcho.*

poco ó nada la opinion pública ; para animar á esta clase á obrar bien, ó para apartarla del mal, el legislador no debe valerse de las penas ó de los premios de opinion. Los honores y la infamia serian inútiles para esta clase; los premios y las penas reales serán solamente los estímulos, y los frenos convenientes para ella. Hay otra clase que prefiere el honor á la vida, y la muerte á la infamia ; para esta los premios y las penas ideales serán mas eficaces que los premios y las penas reales. Estas verdades son tan evidentes por sí mismas que seria inútil detenernos en demostrarlas. Pero se preguntará : ¿ si se hallan estas clases tan diferentes en el dia en la mayor parte de las sociedades de Europa? ¿ Si exceptuando los gobiernos perfectamente democráticos en todos los otros deberá exceptuarse de esta especie de penas la última clase de la plebe? ¿Y en qué circunstancias deberá indistintamente amenazarse con ellas á todas las clases del estado?

Pero no es este lugar oportuno para resolver tan importantes qüestiones, las quales exâminaremos muy pronto quando tratemos de la relacion de las penas con los diferentes objetos que componen el estado de las naciones. Dexemos por ahora suspendida la curiosidad del lector, y concluyamos este capítulo con una reflexîon tan verdadera como ignorada de muchos legisladores. El campo de las penas contenido dentro de los límites de la humanidad es muy estrecho si se compara con el de los delitos. ¿Qué sucederá si la economía, la vigilancia, y el arte del legislador no suplen este defecto? ¿Qué sucederá si el legislador emplea inútilmente sus esfuerzos? Entonces tendrá que salirse de sus límites, y buscar en los infinitos espacios de la tiranía y de la ferocidad aquellos remedios violentos, que tal vez suelen por un momento reparar los males, pero que dexan para siempre expuesto el cuerpo político, y debilitados todos sus músculos. Esto es lo que

sucede en una gran parte de las naciones de Europa, y esta es la causa que debe animar á un sábio legislador á seguir, no solamente las reglas propuestas, sino tambien á dar á las penas infamatorias todos aquellos diferentes grados de severidad de que sean capaces.

El menor entre ellos será la simple declaracion de la infamia. A esta declaracion podrán juntarse algunas circunstancias que la hagan mas ó menos ignominiosa, con proporcion á la mayor ó menor gravedad del delito. En algunos casos, por exemplo, podrá fixarse, como en Atenas, en la plaza pública el nombre del delinqüente, su delito y la infamia á que ha sido condenado: en otros podria sacarse por las calles públicas su efigie; en otros podria exponerse al mismo delinqüente á todos los insultos del pueblo por algunos dias en la plaza pública &c. Deberia tambien el legislador señalar las circunstancias que deben acompañar á cada una de estas penas.

CAPÍTULO XXXII.

De las penas pecuniarias 1.

Algunos han creido que las penas pecuniarias no deben entrar en el plan de una sabia legislacion, y las razones que alegan parece á primera vista que tienen mucha fuerza. En tratándose, dicen, de penas pecuniarias el hombre malvado no tiene otra cosa que hacer que proporcionar su dinero con sus perversos designios, y entonces el freno político solamente tendria

1 No hablo en este capítulo del uso que de estas penas han hecho las naciones bárbaras cuyo importante objeto llamará muy en breve nuestra atencion quando exâminemos la relacion de las penas con los diversos objetos que componen el estado de una nacion; entonces exâminaremos las causas por qué los pueblos bárbaros no han conocido, digámoslo así, otras penas que las pecuniarias, y harémos ver la oportunidad de este sistema penal con el sistema politico de los pueblos que se hallan aun en el estado de barbarie.

fuerza para con el pobre y con el avaro.

El rico que estima en poco el dinero, respetará poco las leyes: con la bolsa en la mano se precipitará al delito sin el menor temor: con una mano quebrantará la ley, y con la otra aplacará á la justicia vil mercenaria de sus atentados.

Añaden á esta otra razon. ¿Cómo combinaremos, dicen, la imparcialidad de la ley con la imposicion de las penas pecuniarias? ¿En la infancia de un pueblo mientras que la primera reparticion de las tierras mantiene la igualdad de las propiedades y de las riquezas privadas, las penas pecuniarias podian ser justas, porque eran igualmente dolorosas para todos los individuos de la sociedad; ¿pero destruida esta igualdad primitiva podrán abrazarse aquellas sin caer en la injusticia? La misma pena será demasiado fuerte para uno, y para otro muy debil. El rigor de la ley variará al paso que variarán las fortunas de los que falten á ella. Un mismo delito condu-

cirá hasta la miseria á una familia, mientras que dexará á otra en sus antiguas comodidades y conveniencias. La misma pena agotará todos los bienes de uno, mientras que solamente separará una cortísima porcion de los que otro posee. Será al mismo tiempo tiranica y debil; feroz, y poco ó nada poderosa.

Finalmente, á la alteracion necesaria que la multa recibirá por la desigualdad de las fortunas de los particulares se une la que nace de la inconstancia de la opulencia pública. El estado de las riquezas de un pueblo varía con la mutacion de los tiempos. Las naciones, al modo que sus individuos, adquieren, pierden, y raras veces conservan por mucho tiempo sus riquezas. Corriendo cierto periodo, casi ordinario y regular, pasan de la miseria á la medianía, y de ésta á la opulencia; y de la opulencia vuelven á la medianía, y de esta á la miseria. El rigor, pues, de las penas pecuniarias variará continuamente, y será tan in-

constante como el estado de la riqueza pública : unas veces serán aquellas demasiado fuertes, otras demasiado débiles, y casi nunca proporcionadas al estado de la riqueza nacional [1].

Esto es quanto puede decirse contra las penas pecuniarias ; pero todos estos argumentos quedan desvanecidos, demostrando el verdadero uso que debe hacerse de estas penas.

Los dos principios generales que le determinan son los siguientes:

1 Las penas pecuniarias solamen-

1 Hallo una prueba de esta verdad en el código de los Longobardos. Estos, habiendo conquistado la Italia, pasaron instantaneamente desde la pobreza á las riquezas, y el valor antiguo de las penas pecuniarias llegó á perder su fuerza para impedir los delitos. Su rey Rotario conoció la causa del mal, y se vió precisado á aumentar la suma de las multas proporcionándolas á las nuevas riquezas de la nacion. *Cod. de los Longob. lib.* 1. *tit.* 7 §. 15. Catalina emperadora de las Rusias quiere que cada 30 años se mude el valor de las penas pecuniarias. *Cod. Russ. art.* 19 §. 443. pero esto solamente sirve para evitar el último de los tres inconvenientes propuestos.

te deben aplicarse á los delitos que nacen de la codicia del dinero.

2 En ellas no debe determinarse la cantidad de la multa, solamente se señalará la porcion que ha de separarse de los bienes del reo. El que haya, por exemplo, cometido tal delito será castigado con la pérdida de la tercera, quarta, ó quinta parte de sus bienes.

El primer principio deshace la primera objecion que se ha hecho contra estas penas, y el segundo las otras dos. Hemos dicho que las penas pecuniarias no causarán temor al rico que desprecia el dinero; pero recayendo estas penas solamente sobre los delitos que nacen de la codicia, entonces el rico que le desprecia no tiene necesidad de este freno para no cometer semejante delito; pues la misma razon que le hace despreciar la pena le alejará de aquel. Al contrario, si es al mismo tiempo rico y avaro, la misma pasion que le estimula á violar la ley hace tema la pena [1].

1 Adviértase que no es mi ánimo decir que

Queda dicho en otra parte que las penas pecuniarias no pueden combinarse con la imparcialidad de la ley; que supuesta la necesidad de las riquezas privadas, ocasionan aquellas por un mismo delito males diferentes ; que al mismo tiempo son demasiado fuertes para unos y débiles para otros; y últimamente que rara vez serán proporcionadas al estado de la riqueza nacional.

Pero pregunto : ¿ estas reflexîones tendrán lugar si en las penas pecuniarias no se determina la cantidad de la multa , sino solamente la porcion que debe separarse de los bienes del reo? ¿ Quando la ley dice, por exemplo, la pena del *estelionato*, sea la pérdida de la mitad de los bienes del reo , esta

todos los delitos que nacen de la codicia del dinero deben ser castigados con sola esta especie de pena ; pues se hallan entre ellos algunos que merecen una pena mayor , ú otras penas combinadas con la pecuniaria : solamente digo que las penas pecuniarias no deben aplicarse á otros delitos que á los que nacen de la codicia del dinero; y este es el principio general que quiero establecer.

pena no será igual, tanto para el reo muy rico, como para el menos rico? ¿No será igualmente oportuna en el estado de la mayor riqueza de una nacion, y en el estado de su mayor pobreza?

Este modo de imponer las penas pecuniarias podrá llevarse facilmente á su execucion siguiéndose el sistema judicial que he propuesto. Los mismos *Jueces del hecho*, que deben decidir sobre la verdad de la acusacion, señalarán el estado de los bienes del reo, siendo de cargo del acusador presentar las pruebas necesarias para llegar á este conocimiento: y entonces los *Jueces del derecho* determinarán la cantidad de la suma que debe desembolsar el reo, con proporcion á la parte que debe separarse de sus bienes, segun lo determinado por la ley.

En Inglaterra los Jurados son los que determinan hasta donde debe extenderse el valor de la multa. La ley establece la naturaleza de la pena, y los Jurados determinan su cantidad. La

Gran carta [1] fué la que propuso este método para remediar los desórdenes que nacian de la imposibilidad de determinar el valor de la multa, dando cierta regla que debia limitar en parte el arbitrio del juez en esta materia, que por otro lado no quedó del todo excluido. Se estableció »que la pena »pecuniaria no fuese superior á las »fuerzas, ni á las circunstancias en que »se hallaba el reo; que la multa no »impidiese al arrendador de un cam»po el poderle cultivar, ni al merca»der el continuar en su comercio; y »que jamás debia extenderse hasta po»ner al labrador en estado de ven»der los instrumentos destinados á la »agricultura."

Esta regla que impide el exceso de la pena, dexa empero á los Jurados el funesto arbitrio de favorecer mas á unos que á otros, y de fixar la proporcion de la pena, tanto con respeto al delito como con respeto á las facultades del delinqüente, cuyo mal se evi-

1 Cap. 14.

tacon el método que hemos propuesto. Determinando la ley el valor de la pena; señalando la porcion que debe separarse de los bienes del reo, no dexa á los *Jueces del hecho* arbitrio alguno, tanto en proporcionar la cantidad de la multa á la naturaleza del delito, como en proporcionarla con las facultades del delinqüente: y debiéndose extender en esta parte aquellos á manifestar solamente el estado de los bienes del reo, no podrán faltar impunemente á la verdad, pues tratándose de una cosa de hecho no puede quedar oculta su malicia; y mucho menos podrán los *Jueces del derecho* arbitrar en el asunto, supuesto que la ley señala la porcion que debe separarse de las facultades del reo que quedan ya manifestadas.

Pero tendrá el legislador que establecer dos reglas para que este nuevo método sea aplicable á todos los casos. La primera, que la pena pecuniaria se convierta en aflictiva en aquellos casos en que las facultades del reo no

lleguen á cierta suma que señalará la ley; sin cuya regla podia suceder muchas veces que, por el propuesto método, la pena de algunos delitos se reduxese á una pérdida de cortísimo valor.

En todos, pues, aquellos delitos en que la ley impone pena pecuniaria deberá tambien señalar la pena aflictiva correspondiente para el caso en que las facultades del reo no lleguen al valor que la misma ley ha determinado 1. La segunda regla será que quando de la pronta exâccion de la pena se siguiese la total ruina del delinqüente, los jueces deberán entonces

1 La ley, por exemplo, establecerá que el que no posee bienes libres en valor de 400 ducados no esté sujeto á pena alguna pecuniaria; y si incurriese en algun delito contra el qual se ha impuesto pena pecuniaria se permute esta en otra pena aflictiva, que deberá señalar la ley. Un exemplo podrá quitar toda duda al lector sobre el modo con que debe explicarse la ley. ,,La pena del *estelionato*, dirá, sea la pér-,,dida de la mitad de los bienes del reo, y si ,,el valor de estos no llega al que señala la ley (esto es, á 400 ducados á lo menos) sea condenado por tres años á los trabajos públicos.

concederle una dilacion proporcionada á sus circunstancias, y esta dilacion será recompensada por el reo suspendiéndole del goce de todas las prerogativas de ciudadano, que no podrá recobrar hasta que pague enteramente la suma á que ha sido condenado.

Encuentro en la legislacion Atica un exemplo de esta sábia determinacion. El que era condenado á alguna multa hasta que no la pagaba quedaba excluido del exercicio de todo cargo [1]; no podia hablar al pueblo [2], y era considerado por la ley como infame [3]. Si moria sin pagar, sus hijos eran tratados del mismo modo, mientras que no satisfacian la multa á que habia sido condenado el padre [4].

1 *Ærarius Rempublicam ne gerito.* Libanius *Argumento. Androtianæ.*

2 *Ærarius orationem ad populum habuisse convictus, ad undecimviros capitales abducitur.* Dinarcus *in Aristogitonem.*

3 *Ærarius, donec multam irrogatam solverit, ignominiosus esto.* Libanius *Argumento Orat. in Aristogitonem.*

4 *Si quis ærarius antequam mulctam sol-*

Estos son los principios generales que deben dirigir las penas pecuniarias, de los que haremos el correspondiente uso en su lugar: pasemos á explicar los otros que deben determinar el uso de la quarta clase de penas.

CAPÍTULO XXXIII.

De las penas que suspenden ó privan de la libertad personal.

Si la justicia, la humanidad y el interes público piden igualmente que el uso de la pena de muerte se reduzca y limite á poquísimos delitos; si las penas infamatorias no pueden ser muy freqüentes ni muy comunes, sin perder su valor y su eficacia; si solamente deben aplicarse á aquellos delitos que por su naturaleza infaman, y valerse de ellas contra aquella clase del pueblo que conoce y estima el honor;

verit, abierit, liberi eam solvunto: secus si faxint ignominiosi sunto, donec solverint. Ulpian. *Timocrat.*

si las penas pecuniarias solamente deben tener lugar contra aquellos delitos que nacen de la codicia del dinero, y contra aquellos individuos que poseen bienes cuyo valor llega al que señala la ley; si, en pocas palabras, de lo que hasta aquí se ha dicho y demostrado se viene en conocimiento que queda cierto número considerable de delitos que debemos impedir con algunos obstáculos que aun no hemos indicado, es preciso que acudamos á las dos últimas clases de penas de que hasta ahora no hemos hablado, y encontraremos en ellas los materiales necesarios para llenar este inmenso vacío, é igualar la suma de las penas á la de los delitos.

Las penas privativas ó suspensivas de la libertad personal bien manejadas pueden por sí solas llenar una gran parte de este vacío; pues ya se consideren con relacion al valor que todos los hombres dan al bien de que ellas nos privan, ya se consideren con relacion á la facilidad que se halla en

proporcionarlas á los delitos, tanto por su duracion, que puede ser de mas ó menos tiempo, como por la variedad en el modo, y la intensidad que se halla en las diversas penas que comprehende esta clase; ya se consideren como instrumentos para la seguridad, y como medios para la instruccion y el exemplo, ó como penas de los delitos, ó como recompensas de los males ocasionados á la sociedad; por qualquiera lado que se miren se encontrará que son acomodadas para todas las clases y órdenes del estado; aplicables á delitos de naturaleza diferente, de especie y grado diverso; aptas para corregir al delinqüente, haciéndole experimentar los males que trae consigo el delito; y para defender la sociedad en lo sucesivo de los atentados del reo, privándole de la libertad de que ha abusado, ó por determinado tiempo si el delito no manifiesta un corazon enteramente corrompido, ó para siempre si sus atentados le han hecho digno de que el cuerpo civil nunca ponga

ya su confianza en él; finalmente, se encuentra que pueden combinarse con los mismos intereses económicos del estado; pues privando al hombre de su libertad personal puede servirse de él para algun bien, para algunas comodidades, ó para algunas empresas necesarias ó útiles á la conservacion y adquisicion de las riquezas nacionales. La condenacion á una carcel, ó á los trabajos públicos; el destierro á las Islas, ó á las Colonias por limitado tiempo, ó para siempre; el destierro de cierto lugar, pero no de la patria, forman las diversas especies de penas que comprehende esta clase. Exceptúo el destierro de la patria, porque este debe ponerse en la clase de las penas suspensivas ó privativas de las prerogativas del ciudadano.

Para conocer el uso que debe hacerse de las diferentes penas que privan al hombre por tiempo determinado ó para siempre de su libertad personal empiezo por la carcel.

Los hombres regularmente no lle-

gan á los grandes delitos sino por grados. Es muy dificil que de la inocencia se pase en un instante á la malicia: rara vez la depravacion del corazon acompaña al delito primero del hombre. La freqüencia de cometer algunos delitos leves le dispone para los atentados mas horrendos.

Todo el arte del legislador consiste en hacer que el hombre retroceda á los primeros pasos que da en el camino que le lleva al delito. Una corta pena que sigue inmediatamente á un pequeño delito hace conocer al que la sufre el rigor y la vigilancia de las leyes; le anuncia los males en que daria si continuára en violarlas; y restituye á la sociedad un hombre que, sin esta oportuna correccion, la hubiera afligido algun dia con sus maldades y con su pérdida.

Sentadas estas incontrastables verdades veamos el uso que debe hacerse de la carcel considerada como pena.

No es necesaria, como hemos visto en la primera parte de este libro,

la solemnidad de un juicio para el castigo de algunos delitos; no deben imponerse todas las penas siguiendo las solemnidades de un proceso Las culpas leves, que mas bien pueden llamarse transgresiones que delitos; las penas leves, que mas bien pueden llamarse correcciones que castigos, no piden aquellas precauciones prevenidas en la ley para juzgar y castigar los delitos de cierta gravedad. Quando se trate, pues, de alguno de estos casos, que suceden freqüentemente, la ley descansará en la rectitud de un magistrado que debe velar continuamente sobre aquella porcion de ciudadanos que se le ha confiado. Un decreto suyo, aunque injusto, recayendo sobre una pena de poco momento es menos perjudicial que la impunidad que acompañaria á los pequeños delitos si hubiesen de ser juzgados solemnemente. A el magistrado municipal de cada comunidad, que al modo de los *Jueces de paz* de Inglaterra hemos propuesto en el nuevo plan de la repar-

ticion de las funciones judiciales [1], tocará el conocimiento de estos delitos que serán juzgados y castigados *sumariamente*.

Para esta especie de delitos deberá reservarse la pena de carcel. Veinte, treinta y quarenta dias de detencion en una carcel señalados por la ley en pena de una ligera riña, por exemplo;

[1] Cap. 19. artic. ult. Obsérvese lo que hemos dicho sobre este objeto, y se hallará que este juicio sumario es un freno bastante fuerte para impedir la injusticia y el error. Todo arbitrio lo tenemos por tan ageno de nuestro plan, que nos avergonzariamos de tolerarlo, aun quando se tratase de una pena tan ligera como la que aquí se propone. Tengo siempre delante de los ojos lo que escribe Ciceron sobre la Censura: *Primum illud statuamus, utrum, quia Censores subscripserint, ita sit; an quia ita fuerit, illi subscripserint. Videte quid agatis, ne in unumquemquem nostrum censoribus in posterum potestatem regiam permittatis; ne subscriptio censoria, non minus calamitatis civibus, quam illa acerbissima proscriptio possit afferre; ne censorium stilum, cujus mucronem multis remediis majores nostri retuderunt, æque post hac, atque illum dictatorium gladium pertimescamus.* Cic. *pro Cluent.* 44.

en la que no se hubiese derramado sangre, de una injuria entre iguales, ó por haber desobedecido á las órdenes de un magistrado &c. contribuyen mucho para conservar el buen órden en el estado; para inspirar y recordar el respeto debido á las leyes; y para cortar los progresos que un ciudadano podria hacer en el camino de los delitos si la impunidad acompañase sus primeros pasos. Y así la pena de carcel solamente deben imponerla las leyes como una pena, digámoslo así, de correccion; por lo que no debe extenderse á mucho tiempo, pues entonces será inutil para el fin que se propuso.

Su mayor duracion no debe pasar jamás de tres meses: y el lugar de la carcel será diferente del que está destinado para custodiar lo reos [1].

1 Los Atenienses, segun refiere Platon *de Legib. lib.* 10., tenian una carcel destinada para el castigo, diferente de la que estaba destinada para la custodia de los reos. Tambien tenian varias especies de cepos para castigar al que abusaba de la libertad personal, semejan-

En estas cárceles deberá ocuparse una parte del dia en hacer á los presos algunas reflexîones morales que despierten en ellos el horror al delito y sus funestas conseqüencias, y la otra deberá emplearse en la lectura del código penal. Hombres de conocida providad y de dulce trato deberán señalarse para este ministerio. La continua presencia de uno de ellos evitará los desórdenes que suele producir la necesidad de vivir muchos juntos, y la comunicacion de sus diferentes inclinaciones. Finalmente el estar sufriendo la pena, los exemplos de providad, las instrucciones de la moral y de las

tes á los que al presente usan entre nosotros las gentes de guerra para castigar los delitos cometidos contra la disciplina militar. Tal era ξυλον πεντεσυριγγον, ó sea el cepo de cinco bocas donde se metian y cerraban las manos, los pies y el cuello del reo. Tal era tambien Χοινιξ, ó sea el cepo donde se metian y cerraban los pies, que aun está en uso en nuestros dias entre la tropa; y el Σανις y la máquina llamada Πωυσικάτη, y otras que refieren los antiguos escritores.

leyes, combinadas unas con otras, dirigiéndose todo á el mismo fin, corresponderá maravillosamente á el que se propuso esta pena, y se conseguirá el efecto deseado por el legislador.

Paso con alguna rapidez sobre estos objetos por no molestar al lector con menudencias.

Del uso de las penas de carcel pasemos al que debe hacerse de las penas de los trabajos públicos. Con estas consigue dos beneficios la sociedad; pues al exemplo que presentan de los males que consigo trae el delito, unen los servicios que el delinqüente hace á la misma sociedad ofendida por él.

Mientras que la palidez de su rostro, las cadenas que rodean su cuerpo, y todas las señales abominables de la esclavitud, manifiestan las desgracias del delinqüente y las que siguen al delito; mientras que este terrible espectáculo aparta de los delitos á muchos que están dispuestos para cometerlos; al mismo tiempo los robustos brazos del reo se ocupan en cons-

truir puertos, en abrir canales, en levantar fortalezas, en reparar los edificios públicos, en buscar en las entrañas de la tierra los tesoros que su superficie esconde, en botar al agua los navíos que deben proteger el comercio, en dar agua á los terrenos áridos, salida á las lagunas, los mayores socorros á la agricultura, artes y comercio, y á la sociedad entera los medios para su subsistencia, comodidad, esplendor y defensa; todo lo qual recompensa en parte los males que ha ocasionado con sus delitos. Estas son las ventajas que van unidas á esta especie de pena. ¿Pero quál será el uso que de ella debe hacerse?

La pena que admite mas ó menos duracion, que puede ser perpetua ó para tiempo limitado, trae consigo la facilidad de poderse proporcionar á delitos de grado diferente; y si á la diversidad de su duracion une tambien el ser susceptible de varios grados de dolor, crece entonces aquella facilidad, y el legislador halla en ella una canti-

dad considerable de penas diferentes acomodadas para delitos diversos. Paso á explicarme. La condenacion á los trabajos públicos puede extenderse, por exemplo, á 3, 4, 5, 6, y mas años; y puede aplicarse al reo á un trabajo mas ó menos cruel, mas ó menos penoso; como á cavar, por exemplo, una mina, ó á regar un prado: ¿y quién no ve ó conoce la diferencia que se halla entre 10 años de condena á cavar una mina, y uno de regar un prado? Con la misma especie de pena podrá, pues, castigarse un delito muy grave y otro muy leve: y ¿deberá el legislador renunciar estas ventajas?

El gran principio que debe regular el uso de esta especie de pena es que la ley señale el tiempo de su duracion y el destino que debe darse al reo. En el estado presente el juez es el que regularmente determina lo primero y un alguacil lo segundo. Dos años mas ó menos de esclavitud, un trabajo mas ó menos cruel, ó penoso, no son objetos que debe mirar con tal in-

diferencia la sancion penal que pueda dexarlos al arbitrio de un juez, ó á la venalidad de un ministro subalterno: la libertad civil pide que todo esté determinado por la ley, y que dependa de su expresa determinacion el tiempo que ha de durar la pena y el objeto de esta. Este es el modo de multiplicar los materiales para las penas, y de facilitar su proporcion con los delitos.

El destierro de cierto lugar, la deportacion á una Isla ó á las Colonias, son las otras penas que abraza esta quarta clase.

Hay ciertos delitos que pueden llamarse, digámoslo así, locales, que no nacen de un corazon depravado, sino de la compañía de ciertas personas y de freqüentar ciertos lugares. En estos casos el destierro del lugar es una pena proporcionada al delito, y un medio apto para evitar los nuevos delitos, que la ocasion próxîma podia hacer que cometiese el delinqüente. Dos pasiones absolutamente opuestas pueden igualmente dar lugar á que se

use de esta pena; el odio y el amor; el odio supone, en la persona que le tiene, el hábito de ir en busca de su enemigo para insultarle; el amor supone tambien el mismo hábito de ir en busca de la persona amada para seducirla. Estas dos pasiones opuestas crecen y se fomentan con la vista del objeto. Y así quando se prueba, que la tranquilidad de un ciudadano está expuesta á las asechanzas de un enemigo, si este ha manifestado con algun hecho sus depravados intentos, y la disposicion en que se halla de insultarle continuamente y de ocasionarle los males que pueda, entonces el ofendido debe tener derecho para reclamar que destierren del lugar á su enemigo, cuyo derecho debe concedersele por la ley. Igual derecho se debe conceder al marido contra el seductor de su esposa, y al padre contra el seductor de su hija. Este destierro (cuyo uso y duracion debe señalar la ley) servirá en estos casos para castigar los atentados del delinqüente, y para precaver los progresos de

su malicia, que podia arrastrarle á mayores crímenes y á penas mayores. El sábio legislador castiga rigurosamente los delitos pequeños, para evitar los mayores; el tirano disimula aquellos, porque quiere llevar al hombre á los delitos atroces para castigarle con atroces penas. El primero favorece á la sociedad y al delinqüente; el segundo daña al uno y á la otra; el primero es severo porque es humano; y el segundo es humano porque es cruel; el primero destruye la semilla de la planta que va á tomar cuerpo; el segundo fomenta su aumento para cortarla quando haya arruinado á las otras que la rodean; aquel es el padre del pueblo, este es un tirano.

En quanto á la pena de *deportacion* á las Islas solamente indicaré dos reflexìones que manifestarán el uso limitado que debe hacer de ellas una sabia legislacion. Esta especie de pena, borrando hasta la exìstencia del delinqüente, no puede tener mucha fuerza para conservar viva en la memoria de los hom-

bres la idea de los males que trae consigo el delito. El que la sufre, en lugar de recompensar con su trabajo parte de los males que ha ocasionado á la sociedad, le sirve de carga, teniendo esta que mantenerle á su costa. El uso, pues, de esta pena parece que debe limitarse á solos aquellos delitos que no son tan atroces que merezcan la pena de muerte; pero son tales que el órden social pide que se separe enteramente de la comunicacion de los otros ciudadanos al que los ha cometido. No debe decirse lo mismo de la deportacion á las Colonias.

Las naciones que tienen en sus dominios paises desiertos que poblar, para animar de este modo su comercio, y extender y sostener su industria; que tienen Colonias donde, ó por la extension del terreno ó por la naturaleza de sus producciones, se necesitan muchos brazos para el cultivo, ó para conseguir que den fruto sus tierras; estas naciones, digo, tienen un medio mas que las otras para castigar algunos

delitos, y para convertir á los perturbadores de la sociedad en instrumentos de sus riquezas. Quando la experiencia de toda la antigüedad y los exemplos de muchas Colonias de las repúblicas Griegas no nos hubieran hecho ver que los que son la hez de un pueblo pueden formar una sociedad bien ordenada: quando la historia de los tiempos mas cercanos á nosotros no hubiera confirmado esta verdad, la razon sola bastaria para persuadir la posibilidad que hay en convertir á un monstruo en un héroe, apartándole del lugar que ha sido el teatro de sus delitos, de su ignominia y de su condenacion. Exâminando la índole general del hombre encontraremos, que al modo que el conocimiento de ser tenido por hombre de bien eleva su ánimo y le dispone para la virtud, del mismo modo el conocimiento de ser tenido por un malvado le degrada y le priva de uno de los mas fuertes estímulos para que entre en el camino recto. Rodeado de los testigos de su delito; temido y

aborrecido de aquellos entre quienes ha de vivir; y. persuadido de la dificultad de poder recobrar su estimacion y confianza se ve privado, ó á lo menos ve muy lejos las dulces recompensas de la inocencia y de la virtud. Un nuevo cielo y una nueva tierra podrán destruir en él esta funesta preocupacion. Arrojado de un pais donde era aborrecido á otro donde es deseado, ó á lo menos puede lisonjearse de serlo, se dilata su corazon con la esperanza de poder participar de los beneficios de una favorable opinion, hallando que allí los obstáculos que nacen de sus anteriores delitos están enflaquecidos por la distancia del lugar, ó enteramente destruidos porque sus nuevos compañeros ignoran su crimen.

El corto número de obligaciones, que nunca son tantas en una sociedad que principia; el corto número de necesidades y mayor la facilidad de satisfacerlas; la precision de ocuparse y las mayores recompensas de su trabajo, son otras tantas causas que concurren

para llamar otra vez á la observancia de las leyes al que fué condenado á esta pena.

Este es el primer beneficio que se saca de la pena de deportacion á las Colonias, quando las leyes la han aplicado oportunamente. El segundo es la utilidad que percibe la sociedad del que ha sido condenado; pues recobra un ciudadano industrioso y participa dê los beneficios de su industria. La tercera finalmente es lo oportuno de esta pena para varios delitos, y en particular para una gran parte de aquellos que no suponen, ó manifiestan un corazon depravado y endurecido en la maldad. No puedo señalar con mas distincion y claridad el uso de ésta pena, porque su valor depende del suelo, del clima, de la naturaleza de las colonias, y de otras muchas circunstancias locales que la hacen mas ó menos penosa, sin que esto pueda sujetarse á principios generales. Contentémonos con haber señalado sus ventajas, y volvamos nuestra

vista á la última clase de penas que miran á la suspension, ó á la pérdida de las prerogativas que nacen del derecho de ciudadano.

CAPÍTULO XXXIV.

De las penas que privan ó suspenden de las prerogativas que nacen del derecho de ciudadano.

Las prerogativas que nacen del derecho de ciudadano ofrecen nuevos géneros de penas y nuevos obstáculos para los delitos. La pérdida ó la suspension de parte, ó de todas las prerogativas que dependen del derecho del ciudadano, presentan muchas veces á un hábil legislador gran número de penas convenientes para reprimir una proporcionada multitud de delitos. Los derechos para la conservacion de la vida, del honor, de la propiedad real y personal, son comunes al ciudadano y al estrangero, y pueden ser el objeto de la sancion penal tanto contra el uno como contra el

otro; pero las penas de que hablamos en este capítulo solamente pueden aplicarse contra el individuo de la sociedad, contra el ciudadano delinqüente.

En todo estado, sea qual fuese su constitucion y la naturaleza de su gobierno, como no sea el despótico donde los derechos de todos llegan á ser el derecho de uno solo, ó una oligarchia monstruosa donde los derechos de todos llegan á ser los derechos de pocos, en los demas gobiernos el ciudadano adquiere con su nacimiento algunas prerogativas de que no puede ser despojado sino por sus delitos: puede tener, ó tiene cierta influencia en el gobierno, ya menor, ya mayor, segun su constitucion; participa ó puede participar de alguna de las partes del poder; tiene ó espera conseguir alguna autoridad; obtiene ó puede obtener algunos cargos ó magistraturas; puede exercer algun ministerio que pida la confianza de la ley: finalmente goza del derecho precioso de pasar sus dias en su patria, de vivir

baxo del cielo que le ha visto nacer, de obedecer aquellas leyes, baxo de cuya proteccion ha nacido, de permanecer en aquella sociedad de que ha llegado á ser parte por su nacimiento. Este es el agregado de las prerogativas del ciudadano, y el agregado de los materiales de las penas que esta clase comprehende. Veamos su uso.

Para determinar por un principio general el uso de estas penas cuyo valor, tanto absoluto como relativo, varía hasta lo infinito por la diversidad de las circunstancias políticas del estado, solamente podemos decir, que así como uno de los principales objetos que el legislador debe proponerse en el establecimiento de las penas es el de que la naturaleza de estas sea uniforme en lo posible á la naturaleza del delito, y que la misma pasion que puede inducir al hombre á violar la ley, sea la que le induzca, si es posible, á su observancia; de la misma manera es evidente que las penas privativas y suspensivas de las prerogativas del ciu-

dadano podrán ser aplicadas muy oportunamente á aquellos delitos que dependen del abuso de estas mismas prerogativas. Que el ciudadano, por exemplo, convencido de *ambitu* sea castigado con la exclusion perpetua de aquel cargo para cuya obtencion se valió de aquel delito: quanto mayor fuese el poder que acompaña el cargo, tanto mas deseado será, tanto mas perjudicial el *ambitu* y tanto mas de temer la pena.

Que el magistrado, por valerme de otros exemplos, que ha procurado extender los límites de su jurisdiccion sea privado para siempre de la magistratura; que al que haya abusado de ella se le imponga la misma pena, añadiendo la que esté señalada para el abuso que ha hecho. En estos casos el amor del poder servirá de freno contra el abuso del mismo poder; la ambicion será reprimida por la misma ambicion [1].

[1] La ley Atilia declaró entre los Romanos al ambicioso por incapaz de qualquiera magistratura. *Dion. Cass. histor. lib. 36.*

Que el ciudadano, convencido de haber vendido su voto en las asambleas públicas, sea castigado con dos penas, con la pecuniaria establecida en la ley contra los delitos que nacen de la codicia del dinero, y con la exclusion perpetua de las juntas públicas por haber abusado de esta prerogativa.

Que el que ha sido castigado con alguna pena infamatoria sea tenido por muerto civilmente; sea privado de todas aquellas prerogativas que podian darle alguna influencia en el gobierno, ó algun mando ó autoridad sobre sus conciudadanos; que sea excluido de todos aquellos cargos que piden en el que los obtiene la circunstancia de que sea ciudadano, ó la confianza de la ley. Pero qué diremos del destierro de la patria.

Esta pena ó es muy fuerte, y debe usarse entonces de ella con mucha economía, ó es muy debil y tal vez perjudicial, y no debe entonces tener lugar en el código penal de una nacion. En aquellos gobiernos donde el ciuda-

dano exercita parte de la soberanía es una pena capital que solamente debe aplicarse á los delitos graves. Como tal fué reputada entre los Romanos, y usada durante la libertad de la república; aun la misma ley no se atrevía entre ellos á nombrarla, y se valía de cierto rodeo que manifestaba sus efectos sin expresarla. Se prohibia el uso del agua y del fuego al delinqüente, y de este modo se dexaba en su eleccion la muerte natural, ó la civil, la pérdida de la vida, ó de la patria; precisándole por este medio á que él mismo eligiese el destierro sin mandárselo expresamente [1]. Pero las con-

1 *Exilium*, dice Ciceron, *Orat. pro Cæcina*, *non est supplicium, sed perfugium, portusque supplicii; nam qui volunt pœnam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum vertunt, hoc est, locum ac sedem mutant. Itaque nulla in lege nostra reperietur, ut apud ceteras civitates, maleficium ullum exilio esse mulctatum. Sed quum homines vincula, neces, ignominiasque vitant, quæ sunt legibus constitutæ, confugiunt quasi ad aram in exilium; qui si in civitate legis vim subire vellent, non prius civitatem, quam vitam amitterent.*

seqüencias que se seguian del destierro contra un Romano en los bellos dias de la república no son las mismas que las que pueden seguirse contra un ciudadano en otro gobierno.

El ciudadano representaba en Roma una parte de la soberanía, y una parte de la soberanía de Roma era una parte de la soberanía de toda la tierra. Arrojarle de la capital de su Imperio; echarle de los muros de la Ciudad real; despojarle de los títulos de su soberanía, era lo mismo que destronizar un Rey.

La exîstencia política era de tanta estimacion para el Romano como la exîstencia física : y si prefería la perdida de la patria á la muerte quando se le privaba del uso del agua y del fuego desterrándose él mismo, esto no nacia de la preferencia que él daba á la vida, sino de la dura ley de la necesidad en que se hallaba de preferir la pérdida de un solo bien á la pérdida de ambos 1. Por lo qual Roma, mientras

1 *Paulus V. sent.* 26. §. *& qui eum.*

fué libre pudo imponer al ciudadano una terrible pena, sin levantar patíbulos y sin manchar los fasces con sangre civil 1.

¿Pero será lo mismo en otra especie de gobierno, en aquel digo, donde reyna uno solo? ¿Sucedió lo mismo en Roma imperando los Césares despues de la pérdida de su libertad? 2 Quan-

1 De este principio nacia tambien la libertad que el reo tenia en Atenas de huir despues de la primera oracion que hacia en su defensa, porque la ley en este destierro voluntario hallaba una pena igualmente fuerte que la que hubiera sufrido el reo despues del juicio. El destierro voluntario se confirmaba entonces por la autoridad pública, y el delinqüente no podia volver jamás á la patria. Este establecimiento tenia lugar para con el ciudadano, no con el estrangero: y esto confirma nuestras reflexiones. Demost. *in Aristocrat.* y Poluce *lib.* 8.

2 Despues de la pérdida de la libertad es cierto que la ley Porcia no fué abrogada expresamente, supuesto que se quiso conservar la apariencia de la libertad que habia espirado; pero se burló su fuerza por medio de la esclavitud de la pena. Mediante esta ficcion del derecho un ciudadano romano que habia cometido un delito enorme no era tenido ya por ciu-

do el exercicio de la soberanía se halla en manos de uno solo; quando el título de ciudadano es título que supone dependencia y no mando; quando el ciudadano desterrado de su patria no es echado de los comicios, de las juntas, de las arengas, ni del senado; ¿podrá esta pena infundir aquel temor que infundia en el Romano libre la privacion del uso del agua y del fuego? ¿Será proporcionada para los graves delitos contra los quales se imponia en Roma? ¿No podrá mas bien reservarse para los atentados mas ligeros; y en este caso no seria mejor desterrarla ó borrarla del Código penal

dadano, sino que se le consideraba como esclavo, y como á tal se le hacia morir. Paulo en la *L. 6. D. de injust. rupt. irrit. fact. test.* dice: *Si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel aliam pœnam, quæ vitam adimit, testamentum ejus irritum fiet, non tunc cum consumptus est, sed cum sententiam passus est: nam servus pœnæ efficitur.* Véase tambien la *L. 3. 12. 29. D. de pœnis. L. ult. C. de emancipat. liber.* donde se habla de esta esclavitud de la pena.

enteramente? ¿Una pena que por un delito de poca importancia priva al estado de un hombre que puede ser útil, no es por ventura perjudicial? ¿No deberá substituirse otra en su lugar que produzca el mismo efecto, sin que ocasione tales daños y tal pérdida?

Estas reflexîones que apenas he insinuado espero que bastarán para manifestar que el destierro de la patria [1] no debe tener lugar en el Código penal de una nacion donde reyna uno solo ni deberá tampoco usarse de ella contra el pueblo en la Aristocracia; solamente deberá estar reservada para valerse de ella contra el cuerpo de los Optimatos ó nobles, y para todos sin diferencia se usará de ella en las Democracias. Pero no es este lugar oportuno para internarse mas en estas qüestio-

1 Adviértase que quando digo destierro de la patria no es lo mismo que si dixese destierro de cierto lugar. El destierro de la patria es el destierro del estado, y el destierro de cierto lugar es el destierro de un partido. El uso que puede hacerse de este queda expuesto en el capítulo antecedente.

nes, de las quales hablaremos largamente despues. Lo que queda dicho basta por ahora para entrar con algun conocimiento en el exâmen de la relacion que deben tener las penas con los diferentes objetos que componen lo que se dice *estado de una nacion*, y para ver como deben aplicarse en el código criminal los principios de la bondad relativa de las leyes, que quedan explicados en el libro primero. Este será el asunto de los dos capítulos siguientes.

CAPÍTULO XXXV.

De la relacion de las penas con los diversos objetos que componen el estado de una nacion.

Preparados y dispuestos con órden los materiales para las penas; establecidos y declarados algunos principios generales, que deben determinar su uso; para dar mas universalidad ó extension á nuestras ideas, y hacerlas aplicables á las naciones y á los pue-

blos que tienen muy poca semejanza entre sí, es necesario exâminar la influencia que en el sistema penal deben tener las diferentes circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos, y establecer de este modo los principios de la gran teoría de la relacion de las penas con los diferentes objetos que componen *el estado de una nacion*.

Para proceder con el órden conveniente en materia tan intrincada; con aquel órden digo, sin el qual ocultándose la verdad al escritor y á sus lectores pierden inutilmente el tiempo; es necesario que empiece esta teoría por el exâmen de los principios que deben determinar el sistema penal que conviene á los pueblos en su infancia; y á las sociedades en su nacimiento; que regulando el curso de mis ideas con el de las mismas sociedades se conozca que á medida que el cuerpo social se desenvuelve, y adquiere cierta fuerza y vigor, debe tambien irse desenvolviendo el sistema penal; que á la

imperfeccion de la edad primera de los pueblos debe necesariamente acompañar la imperfeccion de los códigos penales [1]; que solamente en la madurez del cuerpo político pueden aquellos adquirir la perfeccion conveniente; que sola la ignorancia de estas relaciones ha podido inducir á algunos políticos á declamar contra el sistema de los códigos penales de las naciones bárbaras, que sin embargo de sus invectivas superficiales tienen y tendrán á los ojos del observador filósofo aquella oportunidad de que por nuestra desgracia carecen nuestros códigos, y aquella bondad relativa de que aun están muy lejos nuestras leyes. Sentadas estas premisas pasaremos á exâminar los principios que dependen de la relacion de las penas con los demas objetos que

1 Véase lo que queda dicho en el capítulo último del libro primero, donde quedan expuestos los principios generales de la relacion de las leyes con la infancia ó madurez del pueblo. No llevará á mal el lector que se haga observar en este lugar la uniformidad de mis ideas y del sistema de esta obra.

componen el estado de las naciones quando han llegado estas á su madurez; y de este modo veremos explicada enteramente la teoría que se funda en la influencia que las diversas circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos deben tener en el sistema penal.

La materia es muy vasta, pero procuraré ser breve en lo posible: por todas partes se me presentan mil ideas: despreciaré las que me parezcan menos necesarias para mi argumento. Las historias de todos los tiempos, de todos los lugares y de todos los pueblos me ofrecen las pruebas y los hechos para su confirmacion: pero solamente me serviré de algunos sacrificando á la brevedad la mayor parte, y colocando otros en las notas para satisfacer de este modo la curiosidad de algunos lectores y no ser molesto á otros menos curiosos: algunos condenarán como atrevida y otros como estraña del objeto general de esta obra la revision de las relaciones del sistema de las penas

con la infancia y el acrecentamiento de las sociedades; pero los lectores que ven todo el sistema de mis ideas y que se acordarán de la universalidad del argumento de mi obra [1] la tendrán por oportuna, ó á lo menos la tolerarán como cierto resultado nacido de una profunda meditacion y de una lectura fastidiosa y pesada que me ofrecia objeto y materiales para una obra vasta, pero que me he esforzado á reducirlos á pocas páginas.

Todos los pueblos civilizados han sido salvages, y todos los pueblos salvages abandonados á su instinto natural han llegado á ser civilizados [2]. La familia

1 Escribo la Ciencia de la Legislacion para todos los pueblos y para todos los tiempos. Acordémonos de la propiedad de la ciencia señalada por Aristóteles : *Scientia debet esse de universalibus , & æternis.*

2 Véase el capítulo primero del libro primero , donde se han expuesto las causas de las sociedades , habiendo observado allí solamente los extremos, esto es , el pasage de los hombres del estado de la natural independencia á el de la dependencia civil, sin haber señalado los es-

es la primera sociedad, y el primer gobierno es el gobierno patriarcal fundado en el amor, en la obediencia y en el respeto. La familia se estiende, se aumenta y se separa. Unidas muchas familias forman una tribu, una órden, una sociedad puramente natural. Sus cabezas viven entre sí como las naciones 1.

pacios intermedios que hubo que caminar para pasar del uno á el otro. Este exâmen, que hubiera sido inútil para el objeto que me proponia en aquel capítulo, es necesario y oportuno para el que me propongo en este.

1 Estos eran los *Ciclopes* de Homero y su Polifemo, segun el sentir de Platon, que vió el origen de las dinastias en el gobierno familiar. Plat. *de Legib. lib.* 2., y estos eran los primeros Patriarcas, ó sean padres príncipes, de la Historia Sagrada. Soberanos independientes en su familia exercian un imperio monárquico tanto sobre las personas como sobre las adquisiciones de los hijos á los quales por esta causa llama Aristóteles *Polit. lib.* 1. *animata instrumenta parentum*, y en las tablas de los decemviros se les da el nombre de *Rei suæ*, como se observa en aquel fragmento tan sabido: *Uti paterfamilias super pecunia tutelave Rei suæ legassit, ita jus esto.* El *Jus vitæ &*

Jus majorum gentium, ó sea el derecho de la violencia privada [1], es el único derecho que rige entre las cabezas de estas familias en esta sociedad primitiva. La fuerza se apodera y ocupa los terrenos; señala los limites; separa los términos y defiende la posesion. La defensa de los bienes, de las personas y de los derechos naturales se confia á esta violencia. La jurisprudencia formularia que se ha introducido en las sociedades civiles solamente es una imagen ó señal de lo que se practicaba en aquel estado y se practica aun en los pueblos que se hallan en iguales circunstancias. Lo que ahora son nombres, fórmulas y signos, eran entonces realidades [2]. Las cabezas de

necis sobre los hijos que las doce tablas conservaron en el Padre de familias, y el derecho de peculio que ha durado mas tiempo, son consequencias de este poder originario.

1 Véase el apéndice de este capítulo, donde explicaremos estas ideas, que no pueden aclararse en este lugar sin distraer al lector.

2 Tal vez Justiniano por esta razon las llamaba *Juris antiqui fabulas*; y efectivamente

estas familias terminaban las controversias con las armas en la mano, y la

el *Jus Quiritium* de los Romanos, como demuestra el célebre Vico, solamente contenia las señales, ó símbolos de lo que se practicaba en el estado antiguo de la natural independencia, en el qual por servirme de sus palabras »homines ex leges quidque sua *manu capiebant*, »*usu capiebant*, vi tuebantur; suum *usum*, seu »possessionem *rapiebant*, & sic vi sua recipe»rabant: unde erant *mancipia* res vere manu »captæ, *nexi* debitores vere *obligati*; vere »*Mancipationes*, *Usucapiones*, *Vindicationes*, »*Usurpationes*, seu *Usus*, sive possessiones, *rap*»*tiones*; uti *Uxores Usurariæ*, quæ in posses»sione erant, non in potestatem virorum, *tri*»*noctium usurpabant*, hoc est tres perpetuas »noctes usum sui rapiebant viris, ne in eorun»dem manum, seu potestatem anni usucapione »transirent. Judicia *duella* erant, sive singu»laria certamina inter duos æquales, quia *ter*»*tius* non erat judex superior, qui controver»sias vi adempta dirimeret. *Vindicationes* per »veram manuum consertionem (*manus* enim »*conserere* pugnare est) peragebantur: & *Vin*»*diciæ* erant res vere per vim servatæ. Actio»nes autem personales erant vere *conditiones*... »Per veras autem *conditiones* Creditores cum »debitoribus, qui aut inficiarentur debitum, »aut cessarent, obtorto collo tractis suam *con*»*dibant*, seu *simul ibant* domum, ut ibi ope-

decision éstaba en el exîto del comba-
te. *Juzgar* y *combatir* eran nombre-

,,ris sui *nervo nexi* debita exolverent &c.,,
,,Hoc jus majorum gentium, primi rerum pu-
,,blicarum fundatores in quibusdam *imitationi-*
,,*violentiæ* commutarunt; ut *mancipatio*, qu-
,,omnes ferme *actus legitimi* transiguntur, li-
,,berali nexus traditione; *usucapio* non corpo-
,,ris adhæsione perpetua, sed possessione prin-
,,cipio quidem corpore quæsita, deinde solo
,,animo conservata; *usurpatio* non usus rapi-
,,quadam, sed modesta appellatione, quam vul-
,,go nunc *citationem* dicunt; *obligatio* non u-
,,tra corporum nexu, sed certo verborum liga-
,,mine: *vindicatio* per simulatam manuum co-
,,sertionem, & vim, quam *Gellius* appellat *fes-*
,,*tucariam*; tandem, ut alia omittam, *condit-*
,,sive actio personalis non itione creditoris cu-
,,debitore, vel cum re debita, vel cum re ali-
,,sed sola *denunciatione* peragerentur, (un-
,,*conditiones* postea dictæ sunt *condictiones*
,,quia denunciare Prisci dicebant *condicere*.
Me he tomado la libertad de juntar varios pe-
dazos que se hallan separados entre las obr-
de este profundo escritor para aclarar una ver-
dad que me parece poco conocida. Quien quie-
ra verlos en el original lea su obra intitulada
De uno universi Juris principio & fine uno
Liber unus, *cap.* 100. 124. *y* 135. Otra que
tiene por título: *De constancia Juris pruden-*
tis, *part.* 2. *cap.* 3.; y últimamente la *Scien-*

sinónomos entonces [1]. Con sus propias manos defendian sus derechos y reparaban sus agravios.

De este órden de cosas tuvo su origen la *Clientela*. No todos tienen la fuerza ó la virtud necesaria [2] (que es lo mismo) para la propia defensa. Los mas débiles buscan y procuran el patrocinio del mas fuerte, le ceden parte de su natural independencia, ofreciéndoles aquel en recompensa la guarda de sus derechos y los medios de su subsistencia. De aquí los *criados* ó *sirvientes* de los héroes del tiempo de Homero 3; los *clientes* de los tiempos he-

za nuova, lib. 4. *pag.* 432. 439. 480. *y* 489. de la tercera edicion de Nápoles.

1 La misma etimología de la voz lo está indicando: κρινειν entre los Griegos significaba combatir y juzgar: *decernere* entre los Latinos era lo mismo que *cæde difinere*, de donde vino *decernere armis*. Esta misma voz se aplicó á los juicios, porque estos en el principio no eran mas que unos combates.

2 Véase la nota del cap. 11. de la primera parte de este libro.

3 En el *lib.* 16. *de la Odiss. vers.* 248. y en otros muchos lugares los llama δρηστηρες. Los

roicos de los Romanos [1]; los *ambactos* de los tiempos heroicos de los Galos [2]; y los *hombres*, ó sean los *vasallos rústicos* de los últimos tiempos heroicos [3] mas cercanos á nosotros.

Griegos se valian de la voz δουλος para expresar los criados esclavos que eran los que se hacian en las conquistas. δραςηρ ó δρηςηρ significaba el hombre débil que buscaba un asilo en el mas fuerte para librarse de los peligros á que estaba expuesto: y en efecto δραω significa *fugio*.

1 Véase á Vico en su *Scienza nuova, lib.* 1. *pag.* 65. 66. *y pag.* 95. *y* 96. *Dignità* 70. *y Dignità* 79., y la otra obra suya *de universo juris principio uno, & fine uno cap.* 104, donde demuestra con la mas vasta erudicion ser este el origen de la clientela entre los Romanos, lo que confirma despues en otros muchos lugares de su obra.

2 Véase á Cesar en sus *Comm. lib.* 6. *de Bello Gallico, cap.* 15.

3 Hallamos que en los reynados heroicos de los Griegos eran llamados *hombres* los plebeyos, á diferencia de los nobles, que se llamaban Dioses ó hijos de los Dioses. Homero nos presenta muchos exemplos, y esta es una de las pruebas que demuestran, que renovándose las mismas circunstancias renacen las mismas ideas y se observan los mismos fenómenos. Vico nos hace ver que estos *hombres*, ó sean siervos rusticos de los últimos tiempos heroicos, en su

Entonces se conserva aun en toda su extension entre las cabezas de las familias la natural independencia, teniéndose, y siendo aun perfectamente iguales entre sí.

Llega la necesidad de defenderse de una tribu cercana, ó se mueve á subyugarla una de las cabezas de estas familias, y anima á los otros á que le sigan en esta expedicion. Todos ó parte de ellos aceptan el partido, y cada uno acompañado de sus clientes sigue á su capitan 1. Si el éxîto de la guerra es igual á ambas partes quedan las cosas en su antiguo estado: pero si una de las tribus vence á la otra, como es regular que suceda por el curso del tiempo, entonces el vencido queda esclavo del vencedor: los bienes, las

origen son los primeros clientes de los Romanos. *Scienza nuova*; *lib.* 4. *pag.* 495. *hasta* 610., y la otra obra: *de uno universi juris principio &c.*, *cap.* 129.

1 Esto es lo que las historias de todas las naciones nos enseñan haber sucedido en las circunstancias de que hablamos.

tierras y los individuos de la tribu vencida se dividen entre los vencedores. El partido del vencido es gobernado por una cabeza, por sus compañeros y por los soldados que representan la parte libre de la nacion, mientras que el resto queda baxo del yugo de la humilde esclavitud y de la ferocidad. La cabeza es el capitan que ha conducido y gobernado la expedicion; los compañeros son los patricios, ó sean las cabezas de las otras familias que le han seguido, y los soldados son los clientes. Una parte del terreno y de los bienes del vencido se aplica al capitan, la otra se divide igualmente entre los compañeros, y estos subdividen cada uno la suya entre los soldados.

Aquí empieza el *estado de la barbarie*, que es el principio de la *sociedad civil*, pero que está aun muy léjos de su perfeccion. La desigualdad de los bienes entre las tres clases que componen la parte libre de la nacion y el hábito de la subordinacion militar destruyen una pequeña parte de la natu-

ral independencia, pero dexan en su vigor y en toda su extension la otra parte.

El capitan, ó el rey (como se le quiera llamar) es mas fuerte que cada uno de los patricios; pero todos estos unidos entre sí son mas fuertes que él. Del mismo modo cada patricio es mas fuerte que cada uno de sus clientes; pero unidos estos son mas fuertes que él. Esta desigualdad recíproca de fuerzas y de debilidad conserva y mantiene en este estado aquella gran parte de natural independencia de que hemos hablado; y que observada por el lado solamente que interesa á nuestro asunto, se manifiesta en toda su extension en el sistema penal.

Un debil y tumultuoso senado, compuesto de patricios y del rey, exercita una corta y casi invisible parte del poder legislativo; pero el executivo y el particular exercicio del derecho de castigar, ó sea de la vindicta personal, debe quedar ó permanecer aun por largo tiempo entre las manos de los individuos. Este estado se acerca aun mucho

al de la natural independencia para poder aspirar á conseguir la cesion de un derecho tan precioso. Esta parte del *jus majorum gentium* debe conservar aun su exîstencia, y no puede ser destruida sino insensiblemente; y es preciso empezar dándole solamente algunas modificaciones, sin que al principio pueda hacerse mas que establecer algunas formalidades para su exercicio [1]. Pero la

1 Con estas formalidades se debe procurar prevenir en lo posible el abuso del exercicio de este derecho. Dexo al lector la aplicacion de esta teoría á los hechos, que demuestran que lo que digo que debió hacerse es puntualmente lo que se hizo en los pueblos situados en tales circunstancias. Creo que la voz *Quiritare* de los romanos que en los tiempos civiles se aplicó á algunas acciones judiciales, en los tiempos primeros, quando aquellos se hallaban en el primer periodo de la barbarie, de que hablamos se destinase en su origen para indicar alguna de estas formalidades. El ofendido antes de llegar á la venganza debia *Quiritare*, esto es, llamar y anunciar á los patricios, que entonces se llamaban quirites, la ofensa que habia recibido y la venganza que queria tomar.

Otra formalidad semejante entre los de Ita-

venganza de la ofensa irrogada es solamente el motivo y el objeto de la pena: el cuerpo social no toma interes alguno en los atentados entre individuos é individuos.

En este estado de cosas, dice Aristóteles 1, no podian darse leyes pena-

ca nos refiere Homero, los quales, segun la descripcion que hace él mismo, se hallaban en el grado de barbarie que aquí se supone. Telemaco, ofendido de los hurtos que los patricios hacian continuamente en sus rebaños, los convoca, y despues de haberles manifestado las ofensas que de ellos habia recibido, despues de haber interesado á los Dioses en sus afliciones, dice: *impune deinde intra domum vos occidam Odiss. 11. vers. 145.*

1 Arist. *de repub. lib.* 3. Debe pasar mucho tiempo hasta que el cuerpo social pueda tomar parte en las ofensas privadas. El primer caso que la historia romana nos ofrece de haber tomado interes la sociedad en una ofensa privada fué baxo el reynado de Tulio Ostilio por la muerte de *Orazia.* Homero nos hace ver que, en los tiempos de la guerra de Troya, el homicida entre los Griegos solamente estaba obligado á estar fuera de su patría hasta que hubiese aplacado á los parientes del muerto; aplacados estos quedaba libre de todo riesgo y de toda pe-

les para castigar las ofensas y defender los derechos privados : y la falta de estas leyes ha sido causa de que los poetas é historiadores llamasen á aquellos tiempos *tiempos de inocencia*, *siglos de oro*, creyendo que el faltar las leyes penales era porque no se conocian los delitos; pero las leyes penales fueron entonces las manos, las lanzas y la espada del ofendido: estos son en tales tiempos los vengadores de sus agravios y los

na. (Véase *Feith. Antiq. Hom. lib.* 2. *c.* 8.) En estos tiempos, pues, el derecho de castigar se hallaba aun entre los griegos en las manos de los particulares. Entre los Germanos el derecho de la venganza personal conservaba aun toda su extension en tiempos de Tácito, mas de dos siglos despues que Cesar habia pintado sus costumbres, quando ellos ya habian tenido muchas ocasiones de tratar y conocer á los Romanos. *Suscipere tam inimicitias seu patris, seu propinqui, quam amicitias necesse est; nec implacabiles durant. Luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus, utiliter in publicum, quia periculosiores sunt inimicitiæ juxta libertatem.* Tacit. *de Morib. Germ. cap.* 21. Véase tambien el cap. 7.

guardas de sus derechos, sin que el cuerpo social tome, como se ha dicho, en ello parte alguna. Si el agraviado perdona al ofensor, no tiene este ya que temer. Solamente los delitos contra los quales se usa el *jus minorum gentium*, ó sea el *derecho de la violencia pública* 1 son los delitos de *estado*; y los delitos de estado en semejante sociedad son los delitos de *religion* 2. La superstición, de la qual se sirven las cabezas de estas sociedades para sostener y refrenar la debilidad de los vínculos sociales, conserva en algun modo el órden público con los socorros sacados de la Teo-

1 Véase el apéndice á este capítulo donde se hallará la distincion entre el *jus majorum gentium*, y el *jus minorum gentium*.

2 *Ne quid inaugurato faciunto.*
Ne quis nisi per portas urbem ingreditor, neve egreditor;
Mœnia sancta sunto. Estas son dos leyes reales de los Romanos que el tiempo nos ha conservado; añadamos la reflexîon de que el uso que primeramente y baxo los reyes se hizo de la pena del *Culeo*, fué *adversus Deorum violatores*. Valerio Max. *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 13.

cracia. Todo lo que es público ó de derecho público está al cuidado, ó baxo el patrocinio de alguna deidad. Los atentados contra el público son delitos cometidos contra la divinidad, que debe ser aplacada. La pena son las súplicas públicas (*suplicium*) 1; la víctima es el delinqüente (*sacer esto*) 2; los exe-

1 De aquí vino el que despues se llamasen las penas *supplicia*, porque en su origen eran unas súplicas dirigidas á los Dioses: como tales eran tenidas por los Germanos, segun Tácito *de Morib. Germ. cap.* 1., y los Galos segun Cesar, *Comment. lib. 6. cap.* 15.

2 *Sei. quis. terminom. exarsit. ipsos. Boveis. que. Sacrei. sunto.* Este fragmento es de una ley real del código Papiriano que trae Fulvio Ursino en las notas al libro *de legibus, & Senatusconsultis* de don Antonio Agustin, y por la brevedad omitimos otros fragmentos semejantes que tenemos presentes. Las leyes de las doce tablas conserváron despues esta antigua expresion en las sentencias de muerte, de modo que en algunos casos hacian mérito de la divinidad, á la qual se inmolaba el delinqüente. Encontramos en ellas que era inmolado á *Júpiter* el que habia cometido alguna violencia contra un tribuno de la plebe; el hijo malvado era inmolado á los Dioses de sus padres, é inmolado

cutores y los jueces son los sacerdotes, á quienes la opinion pública da una fuerza que falta al gobierno [1], para

á *Ceres* el que habia quemado los frutos de otro. Estas son conseqüencias de las antiguas y primitivas costumbres nacidas de la necesidad, y conservadas despues por el uso. No quiero omitir cierta reflexion que me ocurre. Creo que esta institucion es el origen de los sacrificios humanos tan comunes entre las naciones bárbaras. La fiera supersticion de inmolar á la divinidad un hombre, como se inmolaba el buey ó el macho cabrío, solamente pudo introducirse entre poquísimos pueblos, y esto mas bien en el estado de la depravacion que en el de la infancia. Los humanos sacrificios comunes á la mayor parte de los pueblos en su infancia, no debieron ser otra cosa en sus principios que los sacrificios de los malvados, de que hemos hablado, y efectivamente los delinqüentes que morian baxo este velo religioso eran antes *maldecidos*, *descomulgados* y *entregados á las furias*; y estas eran el *diris devoti* de los latinos y el Ἀναθήματα de los griegos. Esta costumbre, supersticiosa en la apariencia y feroz, fué comun á diversos pueblos, porque eran comunes y necesarias las circunstancias políticas del tiempo en que hemos fixado su uso.

1 Encontramos en casi todas las naciones bárbaras, en la época de su barbarie de que hablamos, la judicatura unida al sacerdocio en los

abatir con su autoridad la fiereza del bárbaro, el qual aborreciendo constantemente la dependencia de los hombres está siempre dispuesto á baxar su cer-

delitos pertenecientes á la divinidad. Véase á Dionis. Alicarn. *lib.* 2 *pag.* 132. Strab. *lib.* 4. *pag.* 302. Plat. *de legib. lib.* 6. *y lib.* 8. *en el princ.* Just. *lib.* 2. *y* 7. y aquel célebre lugar de Tácito *de Morib. German. cap.* 7., donde dice: *Ceterum neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in pœnam, nec ducis jussu; sed velut Deo imperante, quem adesse bellantibus credunt.* Entre los Galos los Druidas eran jueces y verdugos al mismo tiempo. Cesar *Comment. lib.* 6. *cap.* 15. De aquí tal vez tuvo origen que en algunas monarquías de la Asia el verdugo fuese cargo honroso, y le llamasen el *gran sacrificador*, como hemos observado en otra parte; y esta es tambien sin duda la causa porque en todos los gobiernos bárbaros el sacerdocio se ha conservado en el cuerpo de los patricios, y la cabeza, ó el rey ha sido casi siempre el sumo sacerdote. *Patres sacra magistratusque soli peragunto, ineuntoque. Sacrorum omnium potestas sub regibus esto: Sacra Patres custodiunto* (*Lex regi*). Dionis. Alicarn. *lib* 2. Aristóteles en sus libros políticos *lib.* 3. en la division de las repúblicas cuenta entre ellas los reynos heroicos, en *los quales*, di-

viz á la dependencia de los Dioses. Estas execuciones, juntamente con los motivos que las han causado, se conservan en el cuerpo de los sacerdotes por medio de una tradicion que se oculta al pueblo. Esta es la causa porque se llamaron las leyes penales *exempla*, y el derecho donde estaban contenidas *jus arcanum* [1].

Volvamos á los delitos contra los individuos en particular. Hemos dexado en manos del ofendido el exercicio del derecho de castigar, y sencillamente le hemos obligado á algunas formalidades: á este primero y corto paso sigue des-

ce, *los reyes dictaban las leyes en su casa, fuera hacian la guerra, y eran las cabezas de la religion*; y efectivamente el primer rey que en la Grecia separó al cetro del sacerdocio fué Eretteo. *Apollod. lib.* 3. Entre los romanos los reyes fueron tambien *reyes de las cosas sagradas* (*reges Sacrorum*) de donde vino que despues de arrojados se diese aquel nombre á la cabeza de los Feciales.

1 Véase sobre esto á Vico *de uno universi juris principio, & fine uno, lib. un cap.* 167. y 168. y la *Scienza nuova lib.* 1. *Dignità* 92.

pues de algun tiempo otro. La venganza en los pechos bárbaros, en los hombres que aun no están civilizados, obra con el mayor ímpetu; el primer movimiento en ellos no tiene límites. Obligar al ofendido á que despues de alguna dilacion use del derecho de castigar que ha quedado en sus manos, es lo mismo que debilitar la fuerza de su pasion, y prevenir en gran parte sus excesos. Esto es lo que la facultad legislativa debe ordenar en este estado de cosas, y lo que efectivamente ordenó [1]

1 Sin acudir á la historia de los tiempos bárbaros mas cercanos á nosotros, que podria dar mucha luz á esta verdad, pero que supongo la tendrán regularmente bien vista mis lectores: hallo en la mas antigua *barbarie*, en los *tiempos heroicos* de los pueblos antiguos, una prueba que no debo callar: en todos los pueblos bárbaros de la antigüedad vemos que la institucion de los asilos fué anterior al establecimiento de las leyes penales, quiero decir, en aquellos tiempos en los quales el exercicio del derecho de castigar se hallaba aun enteramente entre las manos de los particulares. En Euripides se encuentra á Andromaca retraida en el templo de Tetis. *Androm. act.* 1. En la *Ecuba*

Este establecimiento trae consigo otra ventaja. Como en este estado la venganza del ofendido es solo el objeto

se aconseja á Polisxena que se refugie á los templos y se acoja á los altares para evitar la muerte: *abi ad templa, abi ad alturia &c.* Encontramos en Homero *Odiss.* 22. que Femo busca en el ara de Júpiter un asilo para defenderse de Ulises. Pausanias, *in Corinthiacis*, nos hace ver á Priamo retraido en el ara de Júpiter Erceo despues de la toma de Troya: y en el Edipo Coloneo de Sofocles vemos á Edipo que se acoge al *bosque* de las Eumenides. Omito otros muchos exemplos por no ser molesto. Reflexionando sobre este establecimiento universal de los tiempos heroicos procuro averiguar la causa; y hallo que no podia tener otro fin en aquellos tiempos que librar al ofensor de los primeros ímpetus de venganza que el agravio produce en el ofendido; que dexarle cierto espacio de tiempo en el qual pudiese procurar los medios de aplacarle con dones, con ofertas, súplicas &c., ó mas bien un espacio de tiempo bastante, si no para destruir, á lo menos para refrenar los ímpetus de la cólera y prevenir los excesos de la venganza. El temor de incurrir en la pena impuesta al sacrilegio (que en aquel estado de sociedad debia ser un delito público, porque era un delito contra los dioses) debia apartar al ofendido de intentar qualquiera empresa contra su ofensor mientras que este permanecia en el asi-

de la pena; como está puesto en sus manos el derecho de vengarse, el de perdonar y el de transigir, obligado á aquella dilacion por la ley, aplacada su cólera con el tiempo, es muy fácil se contente con algun servicio que le dé otra ventaja mas verdadera que la que se le sigue de la venganza. Para apoyar este establecimiento sobre la fuerza, se le señala al ofensor un protector que le defienda de la cólera del ofendido mientras dura la dilacion que debe mediar entre el delito y la pena, entre la ofensa y la venganza. El *patricio*, ó el *señor* es el prote-

lo, que por otra parte debia hacérsele muy penoso á un bárbaro que tanto aprecia su libertad personal. Considerado baxo este aspecto el asilo solamente era una dilacion que mediaba entre la ofensa y la venganza; era una tregua durante la qual podia hacerse la paz, ó evitarse parte de los males de la guerra. Asi lo juzgo porque me parece imposible suponer que en el estado de barbarie un hombre se sacrificase á permanecer perpetuamente en un templo para evitar la venganza del ofendido; solamente podria hacerlo por algun tiempo, y esta es la causa de tenerlo por una simple dilacion.

tor de sus *clientes* y de sus *hombres*, si estos son los agresores; y el *rey*, cabeza de la nacion, es el protector del *patricio* ó del *señor* si estos son los delinqüentes. Si tiene efecto alguna composicion, el ofensor, despues de haber desembolsado el tanto al ofendido, tiene que pagar al protector las expensas de la custodia [1]. Este es el origen del *fredum* de los tiempos bárbaros mas cercanos á nosotros [2].

Este segundo paso con el discurso

1 Tacit. *de Morib. German.*

2 Du-Fresne *Glossar.* voce *fredum*, & *faida.* Esta era la cantidad que se pagaba al ofendido y á sus parientes; y aquel el precio que se daba al que se constituia fiador por el trabajo de la custodia. Este mismo derecho se conservó despues quando ya no era necesario el custodiar al ofensor, porque se habia arrancado de las manos privadas el derecho de la venganza, ó sea el exercicio del derecho de castigar: solamente se señalaron entonces los casos en que debia pagarse el *fredum*, y era quando realmente habia ofensa; pero si faltaba la voluntad el hecho solo no estaba sujeto al *fredum*. cod. de los Ripuarios *tit.* 70 *y* 46, el de los Longobardos *lib.* 1. *cap.* 31. §. 3. la ley Salica *tit.* 28. §. 6; y en Marculfio véanse en el *lib.* 1. *las fórmulas* 2. 3. 4. *y* 17.

del tiempo abre la entrada á otro tercero de mayor fuerza. Hasta ahora la extension de la pena y la cantidad que debe darse para redimirse de ella ha tenido que dexarse al arbitrio del ofendido; y efectivamente, ¿cómo podia haberse señalado al hombre embriagado con la ira cierto límite á su venganza, si esta podia inmediatamente seguirse á la ofensa? ¿y cómo limitariamos el tanto de la redencion sin limitar antes la venganza?

Es preciso, pues, disponer al hombre bárbaro para esta doble operacion, obligándole á que dexe pasar cierto tiempo antes de que use de su derecho sobre el ofendido. Esta dilacion, evitando los excesos de la venganza y favoreciendo el medio de la recompensa, abre á la facultad legislativa el camino para dar un tercer golpe, mas fuerte que los dos primeros á esta parte de la natural independencia, fixando la extension de la pena y la cantidad para redimirse. Se establece el talion, y sobre él se regula el valor de la multa.

Esta pena del talion, contra la qual

tanto han declamado nuestros criminalistas, que solamente extienden su vista á los objetos que les rodean: esta pena, que debe excluirse del código de una nacion que ya ha llegado á su madurez [1], es sin embargo en el estado de las sociedades de que hablamos el establecimiento mas sábio y el mas oportuno atendidas sus circunstancias políticas.

Y efectivamente le hallamos admitido entre todos los pueblos que tienen y tuvieron este estado [2]; y si el mismo

[1] Hablo del talion en general, no de aquel que en algunos casos ha sido abrazado por las leyes penales. Este último puede convenir á los pueblos que han llegado al mayor grado de madurez (y efectivamente lo he propuesto á imitacion de los Romanos por pena de la calumnia); pero el primero solamente conviene á los pueblos situados en aquel periodo de barbarie.

[2] Los europeos que han hallado algunos pueblos de la América en aquel grado fixo de barbarie de que hablamos, han encontrado tambien la pena del talion establecida del mismo modo que por nosotros queda expuesta. Viage de Coreal, tom. I. pag. 208. Viage de J. de Lery, pag. 272. y la Historia general de Viages, t. 4. pag. 324. y 325.

Lock tuviese que proponer un sistema penal para un pueblo que se hallase en igual grado de barbarie, al que nosotros suponemos, estableceria el talion, como lo estableció Pitágoras [1] y como lo establecieron nuestros bárbaros padres. Exâminemos sus ventajas.

Establecido el talion como medida de toda pena, se señala al mismo tiempo el valor de la redencion correspondiente á los delitos que son mas freqüentes, y se da al pueblo la primera aunque imperfecta idea de la proporcion entre la pena y el delito; y de la composicion con la pena.

A esta primer ventaja se añade otra mayor. Aquel que no puede valerse libremente de su cólera para la venganza; aquel que no puede causar á su ofensor mayor daño que el que él ha recibido, dexa voluntariamente á otro el

1 Aristóteles en su Etica llama al talion lo *Justo Pitagórico*, porque Pitágoras lo estableció en la grande Grecia, la que halló precisamente en aquel grado de barbarie de que hablamos.

derecho de castigarle, y de vengar el agravio que se le ha hecho sino se resuelve á aceptar el partido de la conmutacion pecuniaria. La autoridad legislativa puede y debe aprovecharse de esta disposicion, que insensiblemente ha ido naciendo en el pueblo para convertir la violencia privada en violencia pública; para arrancar de los particulares individuos el exercicio del derecho de castigar, y pasarle á una magistratura análoga á las circunstancias políticas en que entónces se halla la nacion.

El Patricio juzgará y castigará entónces á su cliente que ha ofendido á otro; y el Rey juzgará y castigará como magistrado al patricio delinqüente. Este es el estado en que Ulises hallo á los *Feacos* [1], y lo que sucedia en Ro-

[1] Homero, este grande historiador de los tiempos bárbaros, este poeta que presenta al filósofo materiales para observar los diversos estados por donde deben pasar los pueblos para llegar al estado civil, nos hace ver á los Feacos en este ultimo periodo de barbarie, del qual

ma, gobernando los últimos Reyes [1], y en las naciones bárbaras de los últimos

hablamos, y describe en pocas palabras la forma de su gobierno. Doce Reyes, ó sean patricios, gobernaban la plebe dividida en varias tribus, y otro que era el trece (Alcinoo) juzgaba á los doce que le eran inferiores. En la arenga que pone en boca de Alcinoo se vale de estas palabras:

Duodecim enim in populo præclari reges
Principes imperant, tertius decimus autem
ego ipse.

Odiss. lib. 8. *vers.* 390. *y* 391. para conformarse con mi parecer bastará que el lector vea la relacion que allí mismo se hace sobre este punto.

1 Por este medio Tarquino hizo morir gran parte de patricios. Es argumento muy fuerte para probar que el Rey en este último periodo del reynado heroíco de los romanos juzgaba á los patricios, ver que esta prerogativa pasó á los Cónsules que heredaron una gran parte de los derechos del Rey. Bruto usó de ella para castigar á los parciales de los Tarquinos y á sus hijos. Hemos observado en otro lugar que la ley Valeria fue la primera que moderó esta perniciosa prerogativa, que despues fue enteramente derogada por las leyes de las doce tablas. Es verdad que en estas leyes se habla en general del ciudadano de Roma; pero luego demostraremos en otra nota que por la voz ciudadanos solamente pueden entenderse los nobles. El derecho, pues, de juzgar de la vida de un ciudadano que los Cónsules heredaron del Rey, era

tiempos quando se hallaban en aquel grado de barbarie el mas cercano á el estádo civil [1].

el derecho de juzgar de un patricio. Tambien tenemos muchos argumentos para probar que los patricios juzgaron despues de los clientes, que eran los que componian la plebe. Uno de ellos es el citado fragmento de la ley Regia: *Patres sacra, magistratusque soli peragunto, ineuntoque.* Prueba tambien lo mismo otro fragmento que amenaza con pena muy fuerte al patricio que abusa de este derecho: *Si patronus clienti fraudem fecerit sacer esto.* Este fragmento nos lo ha conservado Servio comentando aquel verso del lib. 6. de la Eneida, que dice: *Aut fraus innexa clienti.* Es tambien muy verosimil que la division, hecha baxo los últimos Reyes de la plebe en varias tribus, se dirigiese á señalar la jurisdiccion de cada patricio en su clientela, sobre cuyos individuos debia exercitar el poder judicial en los juicios familiares. Dexo por la brevedad otros argumentos que podrian apoyar mas esta conjetura.

1 Las jurisdicciones de señorío en este último periodo de la posterior barbarie son tan conocidas, que tengo por inútil traer documento alguno relativo á este punto; pues para dudarlo es menester ignorar enteramente la historia. Por lo que hace al derecho del Rey para juzgar de los *patricios*, ó sean *proceres*, ú *optimates* (voces usadas en los códigos de estos

Aquí empieza el *jus scriptum*; y la ley escrita, en este estado de cosas, no es mas que la tarifa de los precios con que se componen las diferentes especies de ofensas; y en la determinacion de estas sumas no puede la ley dexar de atender á la desigualdad de las condiciones entre los patricios y los clientes, y los clientes y los esclavos [1]. La cantidad, pues, de la composicion viene á ser determinada por la condicion del ofendido, por la del ofensor y por la naturaleza de la ofensa [2]. Mas:

pueblos), no alcanzo como algunos han puesto duda de que el Rey asistido de su Consejo privado podia exercitarle, quando las leyes, las fórmulas y los historiadores de estos tiempos nos aseguran esta verdad. Véase á Gregorio Turonense *lib.* 6. *cap.* 32. *y* 35., *y lib.* 10. *cap.* 18. *y* 19.

1 Véanse todos los códigos bárbaros en la coleccion de Lidembrogio, y particularmente el de los Longobardos *lib.* 1. *tit.* 6. §. 3.; el de los Frigienses *tit.* 5. & *seq.*; el de los Borgoñones *tit.* 5. 10. 11. *y* 12.; el de los Alemanes *tit.* 58. §. 1. *y* 2. La ley Salica *tit.* 19. 21. 31. 43. *y* 61. Greg. Turon. *hist. lib.* 4. *cap.* 28.

2 Véanse los títulos citados del código de

Las otras causas morales y políticas que han ido acercando al pueblo al estado civil; la privacion del exercicio del derecho de castigar y de la venganza personal á que no se ha opuesto aquel; la lenta pero sensible progresion de las costumbres, y la diminucion de la ferocidad, que el hábito de vivir juntos y la comunion de los oficios sociales debian necesariamente producir, pusieron al poder legislativo en estado de poder fixar el sistema penal sobre un pie muy diferente del antiguo. El ofendido ya no podia elegir entre el talion ó el convenio. La pena pecuniaria es la pena ordinaria, y la extraordinaria el talion. Quando el delinqüente, quando el ofensor no tiene con que pagar el precio fixado para el convenio se le condena al talion, y de este modo se halla en la persona del ofensor la eleccion de la pena y no en la

los Borgoñones, y los 26. 30. 33. y 48. La ley Salica en alguno de los lugares citados, y en los títulos 37. 41. y 43. Artic. 6. 7. 8., á estos corresponden los demas códigos.

del ofendido [1]. Aunque son muchas las ventajas de este método, dos son las principales. Se destruye el antiguo derecho de la venganza personal, y se acude al reparo de una gran parte de los vicios que acompañan al talion, que no puede ser abolido enteramente en este estado de cosas; pero conviene modificarlo.

Si comparamos este último periodo de la barbarie con el primero, ¿qué espacio tan grande encontraremos ha-

1 Gelio, hablando en el *lib.* 11. *cap.* 1. de la ley Régia, que despues se insertó en las doce tablas (*Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*), nos hace ver que en aquel periodo de barbarie de que hablamos estaba en el arbitrio del ofensor, y no del ofendido la eleccion entre el talion y el convenio. *Reum*, dice él, *habuisse facultatem paciscendi, & non necesse habuisse pati talionem, nisi eum elegisset*. Véase tambien á Sigonio *de Judiciis lib.* 2. *cap.* 3. En los códigos de las naciones bárbaras de los últimos tiempos se halla generalmente establecido este metodo; pues solamente se imponia el talion quando el reo no queria, ó no tenia con que pagar el precio de la concordia. Veasе la ley Salica *tit.* 41.

ber corrido? No exîste ya la venganza personal; la pena no es ya incierta; la composicion no es arbitraria; no está la eleccion entre el talion y la multa en manos del ofendido; se halla un juez y una ley; un código escrito y un magistrado que aplica sus disposiciones á los casos diferentes que ocurren.

Este sistema de cosas, muy imperfecto en sí mismo, pero el mejor en lo posible si se atienden las circunstancias en que suponemos la nacion, debe con el discurso del tiempo producir un gran mal, y este mismo mal debe despues producir un gran bien. La autoridad de juzgar y de castigar, concedida al Rey sobre los patricios, y á los patricios sobre los clientes, unida á las otras prerogativas de su condicion política, se ha puesto en manos demasiado fuertes y poderosas para que dexen de ocasionar con el discurso del tiempo graves desórdenes. O el Rey se servirá de este instrumento para oprimir á los patricios, ó los patricios para oprimir á los clientes. En el primer

caso la opresion armará á los patricios contra el Rey; en el segundo armará al cuerpo de los clientes, ó sea á la plebe, contra los patricios. En el primer caso los patricios se unirán á la plebe para arrojar al Rey; en el segundo la plebe se unirá con el Rey para oprimir á los patricios. En el primer caso nacerá y se fundará la aristocracia, como sucedió en Roma 1; y en el segundo

1 Es un error creer que Bruto estableciese la democracia en Roma. Si despues de la expulsion de los Tarquinos decayó el antiguo sistema de la *Clientela*, no por eso los individuos, que la formaban y que componian un solo cuerpo baxo el nombre de plebe, tuvieron parte alguna en el gobierno. Ellos continuaron por algun tiempo en no conocer otro dominio que el *bonitario*, instituido en el censo de Servio Tulio, que manifiesta dependencia y servidumbre: y quando adquirieron por la segunda ley Agraria, de la que se formó la primera de las doce tablas, el dominio *Quiritario*, este entre sus manos fue muy imperfecto. Como la plebe no tenia aun *matrimonios solemnes*, tampoco gozaba de los efectos civiles que ellos producian *patria potestad*, *agnacion*, *sucesion legítima &c.* Los plebeyos hasta que no consiguieron *connubia patrum*, que es lo mismo que el derecho

la monarquía, como sucedió en otras naciones de la Europa.

de las bodas solemnes, y no, como muchos juzgan, el derecho de emparentar con los patricios; los plebeyos, digo, hasta que los patricios les concedieron esta suerte de matrimonios que difine Modestino: *Omnis divini, & humani juris communicatio*, no fueron considerados como ciudadanos: ¿no participando de los efectos civiles del matrimonio, cómo habian de participar de los efectos políticos? Quando ellos lo consiguieron despues de muchos clamores y de muchas amenazas, entonces fueron tenidos por ciudadanos; sin embargo primero que la Soberanía pasase al pueblo compuesto de nobles y de plebeyos, debió pasar algun tiempo; pues por pueblo antes solamente se entendia el cuerpo de los nobles, que eran solamente ciudadanos. La democracia empezó en Roma con los *Grandes Comicios*, compuestos, como se sabe, de nobles y de plebeyos. En los tiempos anteriores quando se habla del pueblo se entiende por este el cuerpo de los nobles, parte de los quales formaba el Senado, mientras que todo el órden de ellos representaba el pueblo. La historia Romana de estos tiempos parecerá llena de contradicciones á qualquiera que la lea sin esta advertencia. Suplico al lector que reflexîone sobre esta nota que no puedo extender mas, y que me ha costado meditar mucho sobre el primer establecimiento de la aristocracia en

El gobierno democrático solamente puede nacer de la corrupcion de una de estas dos constituciones. Si la aristocracia llega á ser violenta y tiránica; si la monarquía degenera en un despotismo feroz, entónces el pueblo cansado de sufrir despierta de su letargo, levanta la cabeza, reconoce sus derechos, mide sus fuerzas, combate, arroja, ó hace huir á los tiranos; levanta los trofeos de la libertad en su patria, ó pasa á establecerla á otra parte en las islas, en las rocas, sobre las montañas ó playas, donde el agua y la tierra le ayuden á pelear y defender sus preciosos derechos.

Este es el modo con que se forman los tres diferentes estados civiles, y esta es la época de la madurez política de un pueblo; época en la qual la legislacion y el código penal pueden con particularidad adquirir la perfeccion

Roma despues de echados los Tarquinos, que, como se ha observado en otra parte, mas fueron arrojados por el abuso que hicieron del derecho de castigar á los patricios, que por otra causa.

conveniente, y fundarse sobre los principios que quedan antes explicados, é iremos explicando en este libro [1].

Dexando para el lector el aplicar los hechos á esta verdad, veamos la influencia que estas tres especies diferentes de constituciones deben tener en el sistema penal; y despues de haber exâminado los principios que nacen de esta primera relacion de las leyes penales con la naturaleza del gobierno, pasaremos á aquellos que dependen de las relaciones con los demas objetos que componen el estado de la nacion, que ya no la consideramos en su infancia ó nacimiento, sino en su madurez política. Este será el asunto del capítulo siguiente; pero primero es necesario que con un breve apendice aclare cierta idea, que por no interrumpir el cur-

1 Suplico al lector que se acuerde de lo que queda dicho en el cap. últ. del lib. 1. verá como los principios generales que quedan sentados en aquel libro se van aplicando despues en el discurso de esta obra. Busco solamente la unidad, que es la que debe formar el grande mérito de toda obra sistemática.

so de mis raciocinios no he podido exâminar ántes.

APENDICE.

La idea que he dado del *jus majorum gentium* y del *jus minorum gentium* supone otras que no puedo dexar de explicar aunque se me note de obscuro. Ellas dependen de la verdadera nocion del derecho, y del derecho de gentes.

Defino el *jus*: la igualdad en lo útil. Dexo para el lector el exâmen de la fuerza de esta difinicion, que parece no fue desconocida de los antiguos, pues unieron á la voz *jus* la de *æquum*.

El *jus gentium* en general es el derecho de la violencia; quiero decir la igualdad de la utilidad adquirida y sostenida por la fuerza. La violencia, ó es privada ó pública, y de aquí nace la diferencia entre el *jus gentium majorum* y el *jus gentium minorum*.

El *jus gentium majorum* es el derecho de la violencia privada; quiero

decir, la igualdad de la utilidad sostenida por las fuerzas privadas de los individuos en particular; y esto tenia lugar entre los hombres que vivian en el estado *ex lege*, esto es, en el estado de la natural independencia, semejante á aquel en que se hallan las naciones entre sí, en cuyo estado cada uno debe apoyar su derecho con la propia fuerza.

Finalmente el *jux gentium minorum* es el derecho de la violencia pública, es decir, la igualdad de la utilidad apoyada y sostenida de la fuerza pública: y esto tiene lugar en las sociedades civiles, donde todo el cuerpo social está encargado de la defensa de los derechos de los individuos de que se compone. Lo que comunmente, pues, se llama derecho de las gentes no es otra cosa que el *jus majorum gentium*; y lo que comunmente se llama derecho público es el *jus minorum gentium*: y esta es la causa porque los jurisconsultos antiguos confundieron el derecho público con el derecho de las gentes.

El lector reflexionando sobre estas

ideas, en cuya explicacion no puedo detenerme mas, conocerá tambien la causa de aquellas distinciones tan freqüentes en los antiguos escritores entre *majorum gentium dii* y *minorum gentium dii*: *majorum gentium dii* eran los dioses antiguos, anteriores al origen de las ciudades, como Saturno, Jove, Marte, Mercurio, y otros á quienes da este nombre la mitología [1]: *minorum gentium dii* eran los que fueron venerados despues de la formacion de las ciudades, como Quirino. Del mismo modo los romanos dieron el nombre de *patricii majorum gentium* á los que descendian de los primeros padres, elegidos por Rómulo en la fundacion de la ciudad, es decir, que habian gozado de la natural independencia, *minorum gentium patricii*, los que

1 Estos llegaron entre los caldeos al número de doce, que los griegos como se sabe, se valian de la voz δώδεκα para nombrarles, y eran Júpiter, Juno, Diana, Apolo, Vulcano, Saturno, Vesta, Marte, Venus, Minerva, Mercurio y Neptuno.

descendian de los patricios posteriormente creados: por la misma causa se llamaban *Gentes mayores* las familias nobles antiguas que descendian de los primeros padres, de quienes Rómulo compuso el Senado; y *Gentes menores* las familias nobles nuevas que descendian de los padres posteriormente creados, de los quales Junio Bruto, arrojados los reyes, llenó el Senado casi exâusto por falta de los Senadores que hizo morir Tarquino el Soberbio.

CAPÍTULO XXXVI.

Continuacion de la misma teoría.

Hemos llegado á aquella parte de esta teoría que mas interesa á las naciones de Europa. El influxo que deben tener en el sistema penal las diferentes circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos, que ya han llegado á su madurez, son el objeto de este capítulo. Empiezo por la naturaleza del gobierno.

Se halla en la aristocracia una clase que manda, otra que obedece; la soberanía, ó el poder está depositado, y se halla en el cuerpo de los nobles, la obediencia en el resto del pueblo.

En la monarquía encontraremos un soberano que establece leyes; un cuerpo de magistrados que las manda executar; un cuerpo de nobles que da magnificencia al trono y que es ennoblecido por él; una graduacion de gerarquías distinguidas con algunas preeminencias honoríficas, pero que no dan imperio; finalmente cierta clase que es la última que conoce poco el honor y teme poco la infamia.

En la democracia gobierna el pueblo, cada ciudadano representa parte de la soberanía; en las juntas ve parte de la corona puesta sobre su cabeza igualmente que sobre la cabeza del mas distinguido. La obscuridad de su nombre, la pobreza de su fortuna no pueden destruir en él el conocimiento de su dignidad. Si sus pobres paredes le anuncian su debilidad, con

solo dar un paso fuera de su casa, ve su dignidad, encuentra su trono y se acuerda de su soberanía. Si por la calle encuentra otro ciudadano mas rico, seguido de muchos criados y rodeado de muchos allegados, y adornado con las insignias de la magistratura mas ilustre, con solo acordarse de la igualdad política, que se halla entre él y su conciudadano, puede apropiarse parte de su grandeza en vez de humillarse á vista de su superioridad.

Este es el diverso aspecto con que se presentan las tres simples formas de los gobiernos moderados. Veamos su influencia en el uso de las penas.

En la aristocracia el noble desterrado de su patria es desterrado de la silla de su imperio; pero el hombre particular pierde á sus amigos y á sus parientes sin empeorar su condicion política. Esta es siempre la misma. Obedecer á las leyes sin tener parte en su formacion, constituye su estado político en qualquier reyno ó en qualquier país, tanto en su patria

como fuera de ella. En la aristocracia, pues, el destierro será una gran pena para el noble, y pena muy ligera para el particular del pueblo, que por lo mismo no debe ser castigado con ella; pues como hemos probado en otra parte [1] la pena muy ligera, que solamente puede aplicarse á delitos muy leves, pero que priva al estado de un hombre, es perjudicial y debe en su lugar substituir otra el legislador por la que se consiga el mismo efecto sin que cause la misma pérdida.

En la aristocracia, pues, solamente podrá usarse con oportunidad del destierro contra la clase de los nobles. Esta pena impuesta, por exemplo, contra el perturbador del órden público apartará de semejante atentado al noble ambicioso, y defenderá al mismo tiempo la constitucion de las nuevas tramas que urdiria si la pena de su delito no le alejase de la patria.

En la monarquía esta pena deberia ser proscripta enteramente del código

1 Cap. 35.

penal. Ningun órden, ninguna clase del estado debe en este gobierno tener poder alguno inherente á la persona de sus individuos. Ninguno de entre los privados ciudadanos debe participar en este gobierno de la soberanía; ninguno debe representar parte del poder legislativo; ninguno debe nacer con el derecho de exercitar parte del poder executivo [1]. No hay monarquía, ó es viciosa siempre que se halla alguno de estos inconvenientes en su constitucion. Suponiendo, pues, una monarquía regular, hallaremos que el destierro de la patria es una pena de que no debe usarse contra ninguna de las clases del estado. El noble que tiene y goza algunas prerogativas honoríficas; pero ningun imperio, (sino es que cometiese algun delito infamatorio, que pidiese una pena mas fuerte que el destierro), el noble, digo, desterrado de la patria conservaria todo el lustre de su condicion sin perder

1 En la parte primera de este lib. 3. se ha demostrado largamente esta verdad. Véase el c. 18.

algun poder real; consumiria fuera del estado sus rentas; quedarian ociosos muchos ciudadanos á quienes ocupaba con su luxo; y perjudicaria á la sociedad con su delito y con la pena. El magistrado desterrado de su patria solamente lloraria la pérdida de su empleo, del que podria ser despojado sin desterrarle; y su humillacion seria mas sensible para él y mas instructiva para los otros quando su persona degradada recordase continuamente con su presencia las conseqüencias del delito. Tanto para estas como para las demas clases del estado la pena del destierro deberá en este gobierno mirarse baxo el mismo aspecto que la hemos mirado y considerado en la aristocracia con relacion al pueblo; y deberá consiguientemente excluirse del código penal de una monarquía, por la misma causa que en los gobiernos aristocráticos no debe usarse de ella contra el pueblo segun queda demostrado [1].

1 La historia de la legislacion Romana nos ofrece una prueba de esta verdad. Antes

No puede decirse lo mismo por lo que hace á la democracia. En este gobierno, como queda dicho, todo ciudadano representa parte de la soberanía. El pueblo entero en la democracia es lo que en la aristocracia la clase de los nobles. La misma causa, pues, que da eficacia y hace oportuna la pena del destierro en la aristocracia para la clase de los nobles, la hace tambien eficaz y oportuna para todo el pueblo en la democracia. En este gobierno el ciudadano desterrado de la patria queda privado de su condicion política, decae de su soberanía, pierde su imperio, y á qualquiera parte que vaya halla con la dependencia que se hace mucho mas dura quando no está

de Cesar la prohibicion del agua y del fuego no estaba unida á la confiscacion de los bienes. La pérdida de la patria bastaba para formar la mayor pena contra el Romano libre. Perdida la libertad, vino á ser la pérdida de la patria una pena leve, y como estaba señalada para los mas graves delitos, Cesar por no alterar el sistema penal la acompañó de la confiscacion de los bienes. Sueton. *in Cæs.* y Dion. *lib.* 50.

preparada por la educacion, engendrada por el hábito ó costumbre, y es desconocida del que ha gustado los placeres que van unidos á la preciosa libertad. La misma pena, pues (el destierro), debe ser considerada diferentemente en cada uno de los gobiernos: podrá usarse de ella contra una sola clase en cierto gobierno (en la aristocracia) : en otro no será oportuna para ninguna de las clases (en la monarquía): y en otro podrá imponerse contra todos los individuos de la sociedad (en la democracia): esta es la influencia de la naturaleza del gobierno sobre la pena del destierro.

Pasemos á la infamia y veremos la influencia que tiene tambien la naturaleza del gobierno sobre el uso de esta pena. Si volvemos á la memoria lo que queda dicho sobre esta especie de pena en los principios generales que poco antes hemos explicado, nos acordaremos haber demostrado que la pena de infamia solamente debe recaer sobre los delitos infames por su natu-

raleza, y que solamente debe usarse contra aquella clase del estado que conoce y estima el honor. Aplicando ahora estos principios generales á los principios particulares que deben determinar el uso de esta pena en los diversos gobiernos, encontraremos que en la democracia la infamia puede usarse indistintamente contra todos los individuos de la sociedad; pero que en la aristocracia y monarquía no puede hacerse un uso tan universal.

En la democracia, como queda dicho, todo ciudadano está persuadido de la grandeza de su dignidad. Su mano que pone en la urna el decreto de la guerra, ó de la paz; que subscribe el tratado de una confederacion, de una tregua, de una alianza, de la qual pende tal vez la tranquilidad, la seguridad, la suerte de su patria ó de muchos pueblos; su lengua que propone, impugna ó aprueba una nueva ley; que deroga otra antigua; que manifiesta la virtud, ó los vicios de un

candidato que aspira á la mas ilustre magistratura; su casa, que por angosta y pobre que sea, no dexa de ser freqüentada de las personas mas distinguidas de la república, que van con el respeto que produce la ambicion á pedirle su voto y á disponerle en su favor; finalmente la plaza pública donde en tiempo de las juntas el magistrado que las convoca, el senado que prepara los negocios sobre los quales debe deliberarse, el orador que acusa, defiende, se opone ó sostiene los candidatos que aspiran á los cargos; donde en pocas palabras, todos aquellos que ocupan y aspiran á los lugares mas altos dependen de sus deliberaciones; todo esto, digo, debe en este gobierno recordar cada instante al ciudadano su poder y su dignidad. Este conocimiento tan justamente sostenido y fomentado; este conocimiento comun á todos los individuos de la sociedad; este conocimiento que tiene tanta afinidad con el verdadero honor, que puede decirse que es una misma cosa

con él; este conocimiento que engendra la democracia, debe generalmente hacer apreciable el honor y temible la infamia.

En este gobierno, pues, las penas infamatorias pueden aplicarse indistintamente contra todos los individuos del cuerpo social. ¿Pero esta regla podrá tener lugar en una aristocracia, ó una monarquía? ¿Qué estimacion puede el hombre plebeyo hacer del honor en estas dos especies de gobierno, qué precio dará á la infamia? Sin poder, sin honores, sin fortuna, sin luces; sepultado en la obscuridad de su condicion; desconocido de sus conciudadanos, y, digámoslo así, desconociendose á sí mismo; no puede jamás dar á la opinion pública el valor necesario para que su pérdida le cause el espanto que se requiere á fin de poder usar ventajosamente contra él de la pena de infamia.

La pena de infamia, que es una señal solamente del desprecio público, no puede jamás ser muy sensible para

un hombre que no está acostumbra
ni tiene medios para hacerse respet
Vereis al hombre plebeyo como su
con rostro firme y sereno la pena i
famatoria, que gustosamente troca
el noble por la mas dolorosa muer
porque esta le defiende de aquella.

Tanto en la aristocracia como
la monarquía, el legislador no pue
indistintamente usar de las penas in
famatorias contra todos los individu
de la sociedad, como puede hacer
en la democracia. Aquellos que for
man, en los dos gobiernos de que ha
blamos, la clase ínfima de la socieda
que vulgarmente se llama *plebe* [1],
ben ser apartados de los delitos c
otras penas, pero no con esta. La ju
ticia, se dirá, es una divinidad q
iguala á sus ojos á todos aquellos q

1 Adviértase que en la aristocracia no e
tiendo una misma cosa por pueblo y por pl
El pueblo es aquella parte de la sociedad
obedece, la plebe es la clase ínfima del pue
y contra esta ínfima clase digo que no de
usarse las penas de infamia.

se han atrevido á violarla. El noble y el plebeyo son igualmente reos, igualmente dignos de castigo quando han faltado á ella. Lo concedo. ¿Pero el noble castigado con la pena de infamia sufrirá menor pena que el plebeyo condenado á perpetua esclavitud? ¿El valor de la pena no debe medirse por su intensidad; y la intensidad no debe medirse por la opinion que se tiene del dolor que ocasiona en el que la sufre? Permutando en la persona del plebeyo delinqüente la infamia en una esclavitud perpetua ó temporal, la ley no se muestra mas severa contra él, que contra el noble, á quien por el mismo delito castiga con la infamia; solamente iguala la pena del plebeyo con la del noble. Si castigase con la infamia á el uno y á el otro, seria parcial para con el plebeyo, y débil la pena que le aplicaba: su sancion seria al mismo tiempo injusta é ineficaz. Si tratásemos de alguna pena que causase un dolor físico, como por exemplo, de la mutilacion de un miembro, en

este caso diria que deberian por el mismo delito sufrirla igualmente el noble y el plebeyo; pero no podemos decir lo mismo quando se trata de penas de opinion.

El noble preferirá otra qualquiera pena á la infamia; y el plebeyo preferirá tal vez la infamia á otra qualquiera pena: para el primero, pues, el temor de la infamia será un fuerte freno que le sujetará mucho, y para el segundo un freno muy débil. En todos aquellos gobiernos, pues, donde se halla cierta clase de ciudadanos, que por una necesaria conseqüencia de la naturaleza misma de la constitucion, no puede estimar en mucho el honor, y debe temer poco la infamia, las penas infamatorias no deben usarse contra ella, sino que deben reservarse para las otras clases del estado. Esto es lo que debe suceder en la aristocracia y en la monarquía, pero no en la democracia; y esta es la influencia que la naturaleza del gobierno debe tener en el uso de esta pena.

Determinada la influencia que la naturaleza del gobierno debe tener en el sistema penal, veamos la que deben tener las circunstancias morales, quiero decir el genio, y la índole particular de los pueblos y su religion.

¿Un pueblo es avaro ú orgulloso? ¿inclinado al interes ó á la ferocidad? ¿trabajador, ó amante del ocio y del reposo? ¿se han ennoblecido sus costumbres? ¿su religion promete premios ó castigos en la otra vida? ¿Permite tal vez lo que deben prohibir las leyes ó condena lo que estas permiten; ó ayudándolas prohibe lo que condenan, tolera lo que permiten, ó manda lo que ordenan? ¿Admite la necesidad de las acciones humanas y la doctrina del destino, ó está fundada en el sistema de la libertad? ¿Concede la remision de las culpas á ciertos medios que no interesan al espíritu, ó hace que dependa, como en la nuestra, la justificacion de la reforma del corazon y de las costumbres, y del dolor interior del delinqüente? ¿La doc-

trina absurda y antigua de la metempsicosi está recibida del pueblo como dogma de religion? No debe olvidar el legislador ninguno de estos objetos en la formacion del código penal.

Las penas pecuniarias, por exemplo, podrán usarse freqüentemente y tendrán mayor fuerza contra un pueblo avaro, y las penas infamatorias producirán mejores efectos en un pueblo orgulloso. Solon se valió mas de las penas pecuniarias [1] y Licurgo de las penas infamatorias [2]. Los Atenienses industriosos y comerciantes debian amar el dinero, que era el objeto de sus fatigas y sudores. Los Espartanos fieros y orgullosos no apreciaban las riquezas, que no conocian ni buscaban, y temian mas la ignominia.

En un país donde el interes es la pasion dominante de los que le habitan, la mayor parte de los delitos nace del amor del dinero. En una nacion

1 Plut. *in vit. Solon.*

2 El mismo autor en la vida de Licurgo.

inclinada á la ferocidad la mayor parte de los delitos nace del resentimiento, de la venganza, de la valentia, y de la vanidad en dar muestras de valor y de intrepidez. El legislador en la primera debe refrenar la avaricia con la misma avaricia, debe en todo delito, que directa ó indirectamente depende de este principio, combinar la pena pecuniaria con la que va unida al mismo delito. En la segunda al contrario, rara vez debe valerse de las penas pecuniarias, porque los delitos que nacen de la avaricia serán en ella muy raros. Ni debe creer tampoco que encontrará en la pena de muerte un fuerte freno contra aquellos delitos que nacen del desprecio de la vida, pues aquella pena aumentaria en muchos casos el mérito de la accion, y daria un nuevo pasto á la vanidad y al fanatismo del delinqüente.

Un pueblo es trabajador, ó ama el ocio y el reposo. En el primer caso el sistema penal admite mucha dulzura. Un pueblo trabajador es ordinaria-

mente virtuoso ; pues la ocupacion es el mayor obstáculo para los delitos, y los establecimientos ó las sanciones penales pueden en este pueblo con penas muy suaves conseguir mayores efectos. Los Chinos nos ofrecen una prueba de esta verdad. En un pueblo al contrario, inclinado al ocio y al reposo, es mas facil de introducirse la corrupcion; las penas deben en éste ser mas rigorosas, y la condenacion á los trabajos públicos será la pena que mas contenga, y mas apropiada á la indole y caracter nacional. Esta regla tendrá lugar en muchos de los pueblos de Indias. Ellos son como se sabe tan inclinados al ocio, que tienen á la total inaccion por el estado mas perfecto y el objeto único de sus deseos. Ellos dan al Sér supremo el sobrenombre de inmovil [1], y los de Siam creen que la felicidad suprema consiste en no estar obligado á mover alguna máquina ó algun cuerpo [2].

1 *Panamanack*. Véase á Kircher.
2 La Loubere, *relacion de Siam*, *pag.* 446.

Finalmente ¿un pueblo ha hecho muchos progresos, ó se ha civilizado mucho? ¿sus costumbres se han suavizado? ¿Humano y sensible aborrece las atrocidades? Debe tambien ser dulce el código penal y ennoblecerse. Quando las leyes están encontradas con las costumbres, ó se corrompen las costumbres, ó se burla el rigor de la ley.

Pueblos de la Europa sobre la mayor parte de vosotros cae esta espantosa reflexîon. Atendiendo á vuestros códigos penales debemos decir, ó que vuestras costumbres son aun las de vuestros bárbaros padres, ó que vuestras leyes están encontradas con vuestras costumbres. Vosotros que solamente hablais de delicadeza y de sensibilidad; vosotros que acariciais todo lo que es amable: y os transporta todo lo que es dulce; vosotros que solamente teneis flores en las manos y cantares en la boca; vosotros que os enterneceis y llorais en el teatro, en las músicas y en el bayle; vosotros cu-

yas almas son susceptibles de los mas tiernos sentimientos; vosotros, digo, teneis aun leyes y penas que hacen temblar á los mas duros corazones. Corregid, pues, vuestras leyes; ó debeis sufrir que su rigor quede burlado por la impunidad ó por el arbitrio del juez; ó volved á la antigua ferocidad á la qual vuestras leyes si tuviesen todo el rigor y observancia que debe tener la ley no tardaria mucho en reduciros.

¿Pero qué diremos de la religion? Un pueblo cuya religion enseña, y admite los premios y las penas de la otra vida, amenazando con estas á los delitos que castigan las leyes, y ofreciendo aquellos á las acciones ordenadas por las mismas; un pueblo, digo, donde se halla establecida y abrazada una religion que tanto desea y procura el bien de la sociedad, admite un código penal mas dulce y moderado que otro pueblo que siendo igual á aquel en todas las demas circunstancias se diferencia en el sistema de la religion,

que, ó no admite las penas y los premios de la otra vida, ó amenaza con estas penas, y promete estos premios á algunas acciones, que en nada interesan á la sociedad ó á las leyes; ó prohibe lo que estas deben tolerar, y tolera lo que deben prohibir. La religion dominante en el Japon, por exemplo, no admite paraiso ni infierno; la de los habitadores de la Formosa admite un lugar de tormento despues de la vida, pero solamente para aquellos que no han ido desnudos en algunas estaciones del año, que se han vestido de otra tela que no fuese seda, que han pescado ostras, y que han emprehendido un negocio sin consultar el canto de las aves [1]. La de los Tártaros de Gengis-Kan [2] tenia por un pecado contra los Dioses el poner un

[1] Véase la coleccion de los viages, que han servido para el establecimiento de la Compañia de Indias, tom. 5. part. 1. pag. 122.

[2] Véase la relacion de Juan Duplan Carpin, enviado á la Tartaria por el Papa Inocencio IV en el año 1242.

cuchillo al fuego, el castigar al caballo con su brida, el romper un hueso con otro hueso; pero tenia por acciones indiferentes el faltar á la fé de las promesas, el robar los bienes á otro, el hacerle una injuria y el matar un hombre.

La religion de los del Pegu al contrario condena con mucha severidad el homicidio, el hurto y la impureza; prohibe el hacer el mas mínimo agravio á su próximo, y ordena que se le haga todo el bien posible. La posibilidad de salvarse en qualquiera religion cumpliendo con estas obligaciones es para ellos artículo de fé [1].

Pocas luces son necesarias para conocer que, suponiéndose iguales todas las demas circunstancias, el código criminal de los del Pegu deberia ser mas dulce que el de los del Japon, que el de los habitantes de la Formosa, y que el de los Tártaros de Gen-

1 Véase la citada coleccion de los viages que han servido para el establecimiento de la Compañia de Indias, tom. 3. pag. 63.

gis-Kan. Lo que faltaria al rigor de las penas en el primero de estos pueblos lo supliria la religion; y lo que falta en la religion de los otros, debe suplirse por el mayor rigor de las penas.

Si la religion de un pueblo admite y enseña el dogma de la necesidad de las acciones humanas; si la doctrina del fatalismo y del destino, esta doctrina que ha nacido con el despotismo, con la esclavitud y con la pérdida de la libertad política, forma uno de los artículos de su creencia, es cosa clara que en estos pueblos las leyes deben ser mas severas, la administracion de justicia debe estar mas vigilante, y la sancion penal debe ser mas rigorosa que en otro pueblo donde la religion predique el dogma opuesto de la libertad. Los motivos sensibles para apartar á los hombres de los delitos deben ser mas fuertes, á medida que los morales son mas débiles. El suponer la necesidad en las acciones humanas es lo mismo que destruir toda idea de mérito y de demérito, de virtud y de

vicio, de virtuoso y de malvado. El hombre persuadido de este absurdo principio no halla en sí freno alguno para contener las pasiones. ¿Qué sucederá si las leyes no suplen este defecto? ¿Qué sucederá si el exceso de las penas no suple la falta de los remordimientos?

Lo mismo con corta diferencia debe suceder en un pueblo cuya religion hace que dependa nuestra justificacion de cosas que no tienen relacion alguna con el espíritu. Algunos pueblos de las Indias, por exemplo, creen que las aguas del Ganges tienen tal fuerza para santificar ó purificar, que por impío que haya sido un hombre, sus culpas quedan borradas en el instante que se han arrojado en él las cenizas del cadaver [1].

¿De qué aprovecha en estos pueblos ser malvado ú honesto? Las aguas del rio igualan al primero con el segundo. Ellas conducen al uno y al otro

1 *Lettres edif. quintieme recueil.*

al lugar de las delicias y de los placeres.

El pueblo donde se halla establecida tan perjudicial creencia necesita de un código penal mucho mas riguroso, que el que necesita otro pueblo en el qual (*ceteris paribus*) la religion no admite premios, ni castigos en la otra vida. En este el hombre no tiene que temer, ó que esperar despues de esta vida; el perderla ó pasarla infelizmente es para él el peor de los males. Pero en aquellos no tiene que temer en muriendo, sino mucho que esperar y conseguir seguramente. Por lo que quando la idea de un lugar de recompensas no está junta con la idea de un lugar de tormentos, quando el hombre está seguro sin ningun temor de la felicidad futura mira ciertamente con mucha indiferencia la infelicidad presente. Así es preciso castigarle y amenazarle con penas mayores; es necesario disipar la ilusion de su opinion con la impresion fuerte que el castigo haga sobre sus sentidos; es preciso que

sea mayor la severidad de las leyes, y mas espantoso el aparato de las penas.

Me avergonzaria si me extendiese mas en demostrar una verdad tan manifiesta por sí misma; pero antes de finalizar este exâmen veamos en qué se diferencian la *metempsicosis* y el dogma de la otra vida de los christianos, por lo que hace á la influencia que deben tener en el código penal. Sirviéndome de la distincion de Platon llamo *metempsicosis* el tránsito del alma á otro cuerpo de la misma especie, á diferencia de la *metensomatosis*, que es el tránsito del alma á otro cuerpo de diferente especie [1].

Considerada baxo de este aspecto la *metempsicosis* pocas luces son menester para conocer que la muerte será poco espantosa para aquellos pueblos donde esta antigua y dilatada creencia tenga su fuerza. La seguridad

[1] μετεμψυχωσις ὁ μετενσωματωσις. Plat. lib. 10. de Legib.

de pasar á animar otro cuerpo extinguido el primero; la esperanza de volver á comparecer sobre la tierra en un estado de mejor fortuna; las lisonjeras esperanzas de una vida mas feliz que la primera; el recuerdo de volver á gustar de nuevo los placeres de la infancia y de la juventud, unido á la seguridad de volverlos á disfrutar; son estas unas ilusiones de tanto consuelo para el que está cercano á morir, que puede considerar su muerte como término de sus desdichas y principio de sus felicidades. Cesar atribuye, y con razon, á esta causa el valor prodigioso de los Galos, y la constancia con que se exponian á la muerte [1]; y la experiencia nos hace ver que los suicidios son muy freqüentes en los paises donde se ha introducido esta opinion [2]. El lector habrá ya previsto las

[1] *In primis hoc volunt persuadere, non interire animas, sed ab aliis post mortem transire ad alios; atque hoc maxime ad virtutem excitari putant, metu mortis neglecto. Cæs. de bello Gallico, lib. 6. cap. 13.*

[2] Es bien sabido en Italia con que firmeza

conseqüencias de estas premisas; y conocerá que la pena de muerte no debe tener lugar en el código penal de un pueblo donde esté admitido el dogma de la *metempsicosis*.

Y efectivamente ¿cómo justificaremos el uso de esta pena quando por ella el hombre pierde su exîstencia, el estado un hombre, el público un exemplo, y la ley su eficacia?

Pero se dirá: ¿esta regla no puede tener tambien lugar en un pueblo de christianos? ¿Nuestra religion no promete una felicidad eterna al delinqüente que se ha reconciliado con su Dios? ¿Qué temor puede causar á un fiel el patíbulo que le saca de una vida infeliz para una eterna felicidad? Pero á estas preguntas se puede responder con otras: ¿Quién asegura al delinqüente su justificacion? ¿Quién ase-

caminó á la muerte, habrá únos cinco años, el celebre *Sales* en Milan, y los muchos homicidios que se cometieron en Cremona despues que este fanático habia enseñado y extendido la doctrina de la metempsicosis.

gura á él y á los espectadores que su arrepentimiento no sea mas bien una ilusion nacida del espanto de la muerte, y de la seguridad de morir, que del influxo de la gracia? ¿Al lado de la misericordia de un Dios, siempre pronto á perdonar, nuestra religion no nos pone y hace ver su terrible justicia? ¿A la esperanza de una felicidad eterna, no se junta el terror de unos tormentos eternos? Si una vida llena de delitos puede borrarse por un momento solo de resignacion, acompañado de un verdadero arrepentimiento, tambien con un solo momento de desesperacion puede perderse quanto se ganó con muchas penitencias y arrepentimientos. ¿Esta incertidumbre no debe hacernos tanto mas temible la muerte, quanto, segun nuestra creencia, sus conseqüencias son mas importantes é irreparables? ¿El ministerio mismo de la religion no aumenta entre nosotros los horrores de la tragedia que el delinqüente va á terminar en el patíbulo?

Estas reflexîones bastarán para demostrar que la religion christiana no quita á la pena de muerte la eficacia que se necesita para darle lugar en el código penal, como las otras circunstancias del pueblo no lo impidan; y si á estas reflexîones unimos la conformidad de sus preceptos con los de la ley, veremos, que en fuerza de lo que queda dicho, el sistema penal de un pueblo de christianos puede (suponiéndose iguales todas las demas circunstancias) ser mucho mas moderado que el de otro pueblo donde esta divina religion no está recibida.

De la influencia que las circunstancias morales de un pueblo deben tener en el código penal, pasemos á las que deben tener las circunstancias físicas empezando por el clima.

No apartándonos de los principios generales que quedan sentados en el libro primero de esta obra, bastará que nos acordemos de lo que se ha dicho respecto á la relacion que deben tener las leyes con el clima para apli-

car aquellos conocimientos generales al sistema penal.

Se dixo entonces [1] que la influencia del clima sobre lo físico y moral de los hombres es casi insensible en los climas templados; y que es decisiva y grande su influencia en los extremamente calurosos, ó extremamente frios. En el primero apenas obra como una de las causas concurrentes mas débiles; en los últimos obra como causa principal. En las regiones donde el sol apenas asoma por el horizonte; donde el curso de las olas se suspende á lo menos por ocho meses; donde las nieves amontonadas cubren por otro tanto tiempo un suelo ordinariamente esteril; donde por ser freqüentes no causan espanto los mas horribles fenómenos; donde el sueño, esta tregua que la naturaleza ofrece á los trabajos

[1] Véase el cap. 14. del lib. 1. donde me parece que he expuesto con bastante claridad mi sistema, y no es necesario extenderme mas: acuda allí el que tenga alguna duda sobre lo que dexamos de explicar en este lugar.

de los mortales y á las angustias de los infelices, se convierte muchas veces, y es la causa ó el anuncio de la muerte; donde los brazos que el tierno infante alarga á su madre se hielan; y las lágrimas que le caen de sus ojos quedan quajadas sobre sus mexillas; donde por mas de nueve meses se suspende toda comunicacion, y toda sociedad, y se queda aislado el hombre por todo este tiempo con su familia, y sepultado en su casa como si estuviese en el sepulcro [1]; donde finalmente, segun hemos probado en otra parte [2], el excesivo frio entorpece los cuerpos y los espíritus; destruye casi enteramente la sensibilidad, priva de su vigor al ánimo, y retarda el exercicio de las facultades morales del hombre; ¿en un pais, digo, de esta naturaleza el sistema del código penal podrá ser el mismo que el de otro pais

1 Léanse las relaciones de los diferentes viages hechos á la Lamponia, y se verá que no hay exâgeracion en mis expresiones.

2 En el citado cap. 14. del lib. 1.

situado en un clima suave y templado?

¿Podrá esperarse por ventura que cause el mismo temor y haga las mismas impresiones con iguales penas? ¿Se podrán pedir sin caer en una injusticia los mismos años y la misma edad en un hombre para suponerle capaz de delinquir, que en otro pais donde un clima mas templado, no retarda ni impide el exercicio de las facultades morales? ¿Si entre nosotros la ley pide la edad de 18 años para condenar al delinqüente á la pena ordinaria, no deberá señalar lo menos en la Lamponia y en la Groelandia los 30? ¿y si las leyes romanas declaran por incapaz de dolo, y por consiguiente de delito al impubere [1], esto es, al hombre antes de la edad de los 13, las leyes de estos pueblos no deberán extender este beneficio hasta los 20? ¿En un pais de esta naturaleza, donde los hombres es-

[1] *L. 23. §. excipitur & ille D. de ædil. edict. L. impuberem. D. ad. Leg. Corn. de fals. L. 1. §. impuberes. C. de fals. monet.*

tán precisados á permanecer por tanto tiempo aislados con sus familias dentro de las paredes de sus casas, se podrá conseguir la conservacion de las costumbres, y la honestidad doméstica sin aumentar el rigor de aquellas penas y el número de aquellos remedios que tiran á apartar á los hombres de aquellos delitos que aborrece la naturaleza; pero que la necesidad de vivir juntos fomenta y facilita? ¿La embriaguez al contrario, que es tan perjudicial en otras partes y digna de todo el rigor de las leyes, no merecerá su indulgencia en un pais donde el frio excesivo pide se usen las bebidas calientes sin que su abuso haga estúpidos á los hombres, cause excesos, ni los incite á los delitos? ¿La misma causa, por la qual dice Aristóteles, que Pitaco viviendo en un clima muy templado estableció que se castigase con mayor rigor al agresor borracho que al cuerdo [1], no es la que

[1] *Fuit autem & Pittacus legum opifex.... Lex autem propia ipsius est, ut ebrii si ali-*

nos debe inclinar en favor de la indulgencia de las leyes sobre este vicio en los climas frios? ¿Aun en la hipotesi, baxo la qual hemos tenido por oportuno el uso del destierro, se podrá por ventura usar ventajosamente de esta pena en un pais donde el delinqüente apenas habria salido de la patria quando temeria que se le volviese á llamar á ella, y anunciaria á sus conciudadanos la infelicidad que padecen y la felicidad que goza? ¿La pena de muerte no debería ser proscripta enteramente del código penal de este pais, donde algunos trabajos públicos necesarios para la conservacion de la sociedad, no pueden executarse, ni imponerse sino á aquellos que han perdido el derecho á la vida? ¿Se podrá finalmente usar con ventaja de las penas infamatorias en un pueblo estúpido por su clima,

quem pulsarint, majore pœna afficiantur, quam sobrii: quia enim plures ebri, quam sobrii contumeliosi sunt, non respexit ad veniam, quam decet temulentis magis dare, verum ad id, quod conducit. Aristot. *de repub. lib.* II. *in fin.*

privado casi de la imaginacion, é incapaz de dar á la opinion pública aquel valor que la comunicacion sola puede inspirar y sostener?

Esta es la influencia que un clima elado debe tener en el código penal; la de un clima en extremo caluroso no es menos fuerte, ni sus efectos son diferentes.

En el capítulo citado del libro 1. de esta obra hemos demostrado que si el uso de las facultades morales del hombre no se retarda, ni lo impide el clima moderado [1], lo retarda é impide el clima extremamente frio, ó extremamente caluroso. Todas las conseqüencias que hemos visto que debe producir en el código criminal el retardarse el exercicio de estas facultades morales en los climas extremamente frios, deben tener lugar en el código penal de un pais situado en un clima caluroso en extremo.

1 El lector, que se acordará de lo que hemos dicho en este capítulo, tendrá presente lo que entiendo por clima *moderado*.

Hemos demostrado en otra parte que la poca sensibilidad, la excesiva estupidez y la debilidad de ánimo eran igualmente efectos de un clima extremamente caluroso, ó extremamente frio 1.

1 Esto es evidente: porque como el natural mecanismo del hombre está alterado igualmente en los climas muy calurosos ó muy frios, es claro que estas dos causas físicas opuestas deben producir los mismos efectos morales. Si Montesquieu hubiese reflexîonado esto no hubiera atribuido indistintamente el valor á los habitantes de los climas frios, y la cobardía á los de los climas calurosos. Quando se trata de climas, cuyo temple se diferencia poco entre sí, las concausas morales y políticas pueden influir mas valor en los habitantes del clima mas caluroso que en los del mas frio y viceversa. Es prueba constante de esta verdad la historia que destruye el sistema de Montesquieu. La falta de valor, de fortaleza, de sensibilidad &c. que nace del clima, solamente la hallo entre los habitantes de un clima excesivamente frio, ó extremamente caluroso, en los quales el mecanismo natural del hombre está igualmente alterado y deteriorado por el clima, y por consiguiente tambien lo está el moral. En los otros climas producen estos efectos las concausas morales y politicas, y en ellos solamente tiene una

Así las mismas modificaciones, del sistema penal dependientes de estos efectos comunes al uno y al otro clima, de-

parte infinitamente corta el clima. Es una sutileza el modo con que Montesquieu procura en este punto desembarazarse de los hechos que se oponen á su sistema. ,,Los indianos, *dice en el* ,,*lib.* 14. *cap.* 3., naturalmente no tienen valor ,,y los hijos de los Europeos nacidos en las in- ,,dias pierden el que les da su clima. ¿Pero có- ,,mo combinaremos esta falta de valor con sus ,,acciones atroces, con sus costumbres y con ,,sus bárbaras penitencias? Los hombres en es- ,,tas regiones se sujetan á males increibles, y ,,las mugeres se queman voluntariamente des- ,,pues de la muerte de sus esposos. ¿Cómo com- ,,binaremos tanta fortaleza con tanta debilidad ,,y flaqueza?" *Pero nuestro autor facilmente desata el enigma.* ,,La misma delicadeza de los ,,órganos, *dice*, producida por el clima y que ,,les hace temer la muerte, hace tambien que ,,teman á otras cosas aun mas que á la misma ,,muerte." Esta solucion basta para hacernos ver á que extrañezas puede llevarnos el amor de un sistema. Quisiera que Montesquieu me dixese, ¿si el valor consiste en no temer la muerte ó en superar este temor? ¿En no estimar la vida, ó en estimar otra cosa mas que á la vida? ¿El valor que tenia el romano en la guerra consistia en que no temia á la muerte, ó en que temia mas que á la misma muerte la

deben tener lugar en un pais situado en un clima extremamente caluroso, del mismo modo que deben tenerle en el clima extremamente frio, segun queda dicho.

Ultimamente el lector atento, sin ponerme en la necesidad de que lo diga todo, verá que las mismas causas por las quales queda demostrada la importunidad de las penas de destierro, de muerte y de infamia para los pueblos de un clima en extremo frio, y que las mismas causas, por las quales

ignominia, la esclavitud y la pérdida de la libertad? ¿Son solos los Indianos los que temen la muerte; pero que en algunos casos no estiman la vida, porque temen otras cosas aun mas que la muerte? ¿El guerrero mas valeroso no es en este particular semejante al Indiano? Si este huye delante del enemigo, esto no nace del clima, sino de la indiferencia que el despotismo inspira por la patria, ó de la baxeza de ánimo que produce la esclavitud; de la delicadeza que nace del luxo y de la abundancia; ó de la seguridad que tiene de que será igualmente oprimido del antiguo que del nuevo tirano, ya venza, ya sea vencido, ó de todas estas causas juntas.

se ha dicho que debe en estos pueblos aumentarse el rigor de aquellas penas, y el número de aquellos remedios que apartan á los hombres de los delitos, que la necesidad de separarse una gran parte del año del comercio social y de vivir encerrados con la familia, fomenta y facilita; conocerá, digo, que las mismas causas deben producir iguales modificaciones en el sistema penal de aquellos pueblos que habitan un clima extremamente caluroso, supuesto que tanto en el uno como en el otro la pérdida de la patria es para el hombre la adquisicion de su felicidad; supuesto que tanto en los unos como en los otros, por efecto del mismo clima, nunca faltan trabajos públicos en que ocuparse, necesarios para la conservacion de la sociedad, pero crueles para los que están empleados en ellos, y por consiguiente solo pueden pedirse de aquellos que por sus delitos capitales han perdido el derecho á su vida; supuesto que tanto en los unos como en los otros, el comercio social está igual-

mente interrumpido una gran parte del año, tanto por el calor extremo que obliga á los unos á quedar aislados y sepultados con sus familias en las entrañas de la tierra para defenderse de la actividad de los rayos del sol en la estacion mas calurosa; como por el extremo frio que obliga á los otros á otra defensa igual [1].

Esto es todo quanto me parece que puede decirse para determinar la influencia del clima sobre el sistema penal. De lo dicho hasta aquí se ve claramente que la diferencia que debe directamente producir el clima entre los códigos penales de dos pueblos diferentes, solamente puede tener lugar entre dos pueblos, uno de los quales habite un clima moderado, y el otro un clima, ó extremamente caluroso ó extremamente frio. Pero entre dos pue-

1 Combinando las relaciones de los viageros que describen las costumbres de los paises excesivamente calurosos con las de los que describen el modo de vivir de los pueblos septentrionales, se hallará ser verdad lo que decimos.

blos situados en dos climas moderados, el uno de ellos un poco mas frio, ó un poco mas caluroso que el otro, no puede tener lugar esta diferencia, supuesto que, como tantas veces se ha dicho, la influencia directa de un clima moderado, tanto sobre lo físico como sobre lo moral del hombre es tan imperceptible, tan debil, y se halla tan oprimida de las otras causas morales y políticas, que podemos decir sin duda alguna que no produce ni modificacion, ni diversidad alguna que pueda reducirse á principios generales en el código penal.

¿Deberá decirse lo mismo de las otras circunstancias físicas?

Llamo circunstancias físicas de un pueblo, á mas del clima de que se ha hablado, la naturaleza de su terreno y de sus producciones, y la situacion y la extension del pais. Estos objetos, como se ha visto en los dos primeros libros de esta obra, deben tener una grande influencia directa, é inmediata sobre algunas partes de la legislacion; ¿pero

influirán igualmente en el código penal?

Hablo de la influencia directa é inmediata; supuesto que si estas circunstancias se consideran como concausas que pueden contribuir para el carácter, genio, índole, religion y naturaleza del gobierno de un pueblo, pueden tambien entonces tener una influencia indirecta sobre el sistema penal. Pero no es nuestro objeto considerar esta influencia indirecta, porque si estas concausas físicas contribuyen para que una nacion, por exemplo, tenga mas bien esta especie de gobierno que otro, esto no pertenece á este lugar; pues hemos exâminado ya los principios generales que dependen de la relacion que deben tener las penas con la naturaleza del gobierno. Si influyen sobre el genio, índole y carácter de un pueblo sobre la misma religion, esto tampoco interesa, porque hemos determinado ya los principios que dependen de la relacion que debe tener el sistema penal con estos objetos. Solamente debemos, pues, buscar su influencia di-

recta é inmediata; y si esta es, como se ha visto, muy grande en la parte política y económica de la legislacion, no es menester mucho para conocer que será muy poca la que tendrán en el código penal. Pero veamos á qué puede reducirse.

¿El terreno de una nacion es muy esteril? ¿Los brazos libres del pueblo son débiles, y crecidos los gastos para fecundar el terreno si no se vale el gobierno de la ayuda de aquellos que por sus delitos pueden ser condenados á mayores fatigas, y mantenidos á menos costa? En este pais deberá el legislador hacer mayor uso de aquellas penas que privando al reo de su libertad personal le obligan á recompensar con el trabajo de sus brazos los males que con sus delitos ha ocasionado á la sociedad. En otro pais donde al contrario la fertilidad de su suelo no necesita de esta ayuda, y donde son muy pocos los objetos que se presentan para los trabajos públicos, deberá el legislador usar con mucha economía de esta especie de

pena, pues de lo contrario obligaria al pueblo á alimentar á aquellos que le han ofendido, y aumentaria con la misma pena los males que con sus delitos ha ocasionado el delinqüente al estado.

¿Otro pais posee algunas minas muy ricas, pero no puede mantenerlas sin que pierdan la vida muchos de los que se ocupan en beneficiarlas? En lugar, pues, de comprar á el inocente africano para llevarle á una muerte segura, y de sostener este infame comercio que degrada igualmente al comprador, al vendedor y al hombre vendido; en lugar de sufrir que con una mano atrevida, y baxo la proteccion misma de la ley, se cometan tantos delitos exêcrables; en lugar de permitir al ciudadano que no ha faltado á la ley, que venda su vida, que comercie con su existencia, y que cometa un suicidio que con una mano castigan las leyes y compran con otra; en lugar, digo, de permitir todas estas injusticias que no pueden justificarse con ningun principio de moral, ningun sistema de reli-

gion, ni con ningun motivo de interes público, y que solamente favorece la supersticion en muchos paises de la Europa con sus absurdas y abominables máxîmas: que substituya el legislador en un pais de esta naturaleza á las penas de muerte, la condenacion á esta especie de trabajos públicos; que la efigie del delinqüente vaya al patíbulo para manifestar la pena que merecia; pero que su persona sea conducida al lugar donde aunque se retarde su muerte, esta retardacion será recompensada con la riqueza que adquiere para el estado, con la vida de que libra á otros inocentes; librando tambien de este á las leyes, y á sus autores de los remordimientos que padecen y de sus contradicciones.

Pasemos á la situacion y extension de un pais. Por lo que hace á la primera, despues de muchas reflexîones, no he podido encontrar qual sea su influencia directa en el código penal; y por lo que toca á la segunda veo que esta solamente puede ser atendida en

un solo caso, y que en este debe producir el mayor efecto.

Un pais muy dilatado y extendido, sujeto á un mismo imperio, es habitado de muchos pueblos diferentes entre sí por su genio, por su índole, por su religion y por su clima. Unos son avaros, otros orgullosos, aman la fatiga unos, otros son inclinados al ocio. Dentro de sus confines comprehende climas extremamente frios, extremamente calurosos y templados. Deidades diversas con diferentes ritos y con dogmas de diferentes religiones, forman el culto de las diversas partes del imperio. En la hipotesi, que el gobierno de esta nacion pueda ser un gobierno moderado, se desea saber qual debe ser el sistema de su código penal. La solucion del problema es evidente. Este pais no puede tener un solo código penal, como ni puede tampoco tener una sola legislacion. En él no pudiendo estar unida á la universalidad de las leyes su oportunidad es preciso que esta prevalezca á aquella.

El lector, combinando esta solucion con los principios anteriores, verá sus conseqüencias; y que en la Europa exìste cierta nacion como yo la he pintado. Descanso sobre su penetracion, y dando una ojeada sobre la prosperidad de un pueblo, paso á exâminar qual sea su influencia directa sobre el código penal y los principios que de ella dependen.

Si la pena, como queda dicho [1], es la pérdida de un derecho, y si los derechos sociales son mas preciosos quando es mayor la pública prosperidad; una misma pena será mas dolorosa, á medida que la prosperidad del pueblo se aumenta.

Si la justicia determina los límites del rigor de la pena; si al delinqüente no se le ha de ocasionar mayor mal que el necesario para que los demas no imiten su exemplo [2]; quando los progresos de la pública felicidad han he-

1 En el cap. 1. de esta segunda parte.
2 Véase el cap. 4. de esta segunda parte.

cho crecer el valor de los derechos sociales, juntamente con el rigor de las penas establecidas; es evidente que en estos términos el código penal debe modificarse.

Si antes era necesaria una pena como diez para alejar á los hombres de un delito; bastará despues una como ocho para conseguir el mismo efecto. Con la misma pena que antes se castigaba un delito ligero se podrá despues castigar otro mayor, minorándose á proporcion la que se imponia á aquel. A esta se añade otra razon. A medida que en un estado se aumenta la prosperidad pública, se disminuyen y pierden su fuerza las causas que motivan los delitos; la barrera, pues, que debe oponerse contra aquellas puede ser sin peligro mas debil y menos fuerte.

Estas conseqüencias son tan sencillas y tan claras como los principios de donde se deducen. Ilustrarlas seria desconfiar del talento del lector. Temo siempre decir poco, y rara vez me arrepiento de hacerlo así. Contentemonos,

pues, con haber manifestado y explicado la dificil teoría de la relacion de las penas con los diversos objetos que componen el estado de una nacion, y de haber aplicado al código penal los principios generales de la bondad relativa de las leyes que quedan explicados en el libro primero de esta obra. Pasemos á los delitos, y despues de haber explicado los principios que deben determinar la oportunidad de las penas, atendidas las diversas circunstancias de los pueblos, procuraremos ahora exâminar aquellos que deben determinarla con relacion á los mismos delitos. Para conseguirlo es preciso ver qué es delito y quál es su medida.

CAPÍTULO XXXVII.

Del delito en general.

No todas las acciones opuestas á las leyes son delitos, ni todos aquellos que cometen semejantes acciones son delinqüentes. La accion sin la voluntad no es

culpable, la voluntad sin la accion no debe castigarse; el delito, pues, consiste en la violacion de la ley acompañada de la voluntad de violarla.

La voluntad es aquella facultad del ánimo que resuelve despues de los movimientos del apetito y de las reflexîones de la razon. El apetito estimula, el entendimiento exâmina, y la voluntad resuelve. Para querer una cosa es necesario, pues, apetecerla y conocerla.

Conocer una accion no es mas que conocer el fin al qual se encamina, y las circunstancias que la acompañan. Esta es obra del entendimiento, y el resultado de las reflexîones de la razon. Accion voluntaria será, pues, aquella que depende de la determinacion de la voluntad, á la que han precedido los movimientos del apetito, y el conocimiento del fin y de las circunstancias de la accion; y accion involuntaria será la que procede de la violencia y de la ignorancia [1].

1 *Videntur invita ea esse, quæ aut vi, aut*

La violencia es el empuje de una fuerza externa, que sin embargo del disenso de la voluntad arrastra ácia su direccion. La ignorancia relativa á la accion es el estado del hombre que no conoce el fin, ni las circunstancias. Aquel, pues, á quien una fuerza externa obliga á obrar, ó aquel que movido de los estímulos del apetito no conoce ni puede conocer el fin, ni las circunstancias de la accion, estos, digo, no serán delinqüentes aunque hayan faltado á la ley.

Sentados estos principios, apliquemoslos á nuestro asunto, y veamos las disposiciones legales que nacen de ellos.

Se ha dicho que el delito consiste en la violacion de la ley acompañada de la voluntad de violarla. Aquellos, pues, á quienes las leyes deben suponer incapaces de querer deben tenerse por incapaces de delinquir

Queda dicho que la voluntad es

ignoratione efficiuntur. Aristot. *Moral. Nicom.* *lib. 3, cap.* 1.

aquella facultad del ánimo que resuelve despues de los movimientos del apetito y de las reflexîones de la razon. Aquellos, pues, que ó por falta de edad, ó por algun desorden en su mecanismo, no tienen aun, ó han perdido el uso de la razon; estos, digo, son aquellos á quienes la ley debe tener por incapaces para querer, y de consiguiente para delinquir. Los infantes, los estúpidos, los lunáticos y los frenéticos están comprehendidos en este nú[illegible] La ley debe, pues, determinar el tiempo de la infancia y de la pubertad con relacion al clima, que segun hemos demostrado en otra parte acelera, ó retarda el exercicio de las facultades intelectuales del hombre. Debe declarar por incapaz de querer al infante 1. De-

1 Las leyes romanas extendieron este beneficio hasta la edad próxima á la infancia. Los menores hasta los diez años y medio, es decir hasta la mitad del segundo periodo, no estaban sujetos á pena alguna, porque la ley les declaraba incapaces de dolo. *L. infans* 12. *D. ad Leg. Corn. de Sicar.* La ley de los Saxones es-

be por lo que hace al segundo periodo ó sea á la edad posterior á la infancia, dexar al arbitrio de los jueces del hecho el decidir sobre si se halla ya, ó no en el menor el uso de la razon 1. Debe tambien dexar en su arbitrio la decision sobre la exìstencia del frenesi, ó de la estupidez en aquellos que por falta de razon pueden escusarse de haber violado la ley 2. Estas son las disposiciones legales que nacen de este princi[illegible]

[illegible] Hemos dicho en otra parte que pa-

tendia este mismo beneficio hasta los doce. Al presente en Inglaterra las leyes lo limitan á los siete años, y Blackston en el *Cod. Crim. cap.* 2. refiere cierto juicio en que fueron condenados á muerte dos sirvientes de edad el uno de nueve y el otro de diez años.

1 En Inglaterra los jurados exâminan si los menores de los catorce acusados de algun delito tienen ó no el uso de la razon. Antes de los siete años no es necesario este exâmen, porque la ley los absuelve; pero despues de los siete si los jurados hallan al acusado capaz de dolo se le condena.

2 Este es un hecho, y por consiguiente su exâmen debe, segun nuestro plan, pertenecer á los jueces del hecho.

ra querer una cosa es necesario apetecerla y conocerla; que conocer una accion no es mas que conocer el fin á que se encamina y las circunstancias que la acompañan, y que para que una accion pueda decirse voluntaria es necesario suponer en el que obra este conocimiento. ¿Quáles son, pregunto, las conseqüencias que dependen de este principio? La distincion entre el caso fortuito y la culpa.

El caso fortuito supone en el que obra la ignorancia absoluta de la posibilidad del efecto que ha producido la accion [1]. La culpa supone un efecto diferente del que se habia propuesto conseguir aquel que obra; pero que atendido el conocimiento que tenia de

1 Por exemplo. En un campo mio que está cercado, las puertas cerradas y las llaves en mi bolsillo, veo una liebre, la tiro, y en vez de herirla mato á un hombre que se habia escondido allí, pero que yo estaba bien asegurado de que no podia hallarse en semejante lugar hombre alguno: este será un homicidio casual, y la ley no podrá imponerme pena alguna.

todas las circunstancias de la accion, no ignoraba que pudiese suceder [1]. El caso, pues, no es imputable, pero lo es la culpa. En el primero falta la voluntad, porque hay ignorancia; en la segunda no falta enteramente la voluntad, porque no falta enteramente el conocimiento. En aquel ni se halla la voluntad de violar la ley, ni la voluntad de exponerse al peligro de violarla; en esta no se halla la voluntad de violar la ley, pero se halla la voluntad de exponerse á los riesgos de violarla.

A medida que el conocimiento de esta posibilidad y de este riesgo es mayor, crece el valor de la culpa, y se acerca mas al dolo, y á medida que se

1 Si tirando á una liebre que huye por un camino público mato á un hombre, entonces habrá culpa, y el homicidio será culpable; pues aunque el fin que me habia propuesto era matar la liebre, sin embargo no ignoraba quan posible era que en aquel momento pasase un hombre por aquel lugar; y esta era una de las circunstancias de la accion que debian determinar mi voluntad á dexar en paz la liebre antes que exponerme al riesgo de cometer un homicidio.

disminuye se aparta mas del dolo y va acercándose mas al caso fortuito [1].

De estas premisas dependen los siguientes cánones legislativos:

Si no es imputable el caso fortuito, no deben las leyes castigarle.

Si la culpa es imputable, deben castigarla las leyes.

Si la culpa es menos imputable que el dolo; porque en este se halla la voluntad de violar la ley, y en aquella solamente se halla la voluntad de exponerse al riesgo de violarla; la pena de la culpa en una misma accion no deberá ser igual á la del dolo.

Si á medida que es mayor el conocimiento de la posibilidad del efecto que la accion ha producido, crece el va-

1 Hay mucha diferencia entre el matar á un hombre tirando á una liebre que huye por un camino del campo poco freqüentado, y matarle tirando á una liebre que huye por el camino de una ciudad, y á una hora en la qual hay un gran concurso del pueblo. ¿Quién no conoce la grande diferencia que se halla en el valor de estas dos culpas?

lor de la culpa y se acerca mas al dolo; y si á medida que es menor el conocimiento de esta posibilidad se disminuye el valor de la culpa y se acerca mas al caso fortuito, se hallarán consiguientemente varios grados de culpa, á los quales las leyes deberán señalar diferentes grados de penas.

Si no es posible determinar todos los varios grados de culpa; y si por el contrario es perjudicial é injusto dexar al arbitrio de los jueces la eleccion ó imposicion de las penas; deberán las leyes fixar tres grados diferentes de culpa á los quales puedan referirse todos los otros; *máxima*, *media* y *mínima*; y deberán establecer una regla, ó canon general para señalar á los jueces á qual de estos grados debe referirse la culpa.

Deberán establecer, que quando las circunstancias que acompañan á la accion manifiestan, que en el ánimo de aquel que obra la posibilidad del efecto contrario á las leyes que ha producido la accion, es igual ó mayor á la

posibilidad del efecto que se habia propuesto conseguir, la culpa será máxîma; quando será menor aquella posibilidad, pero que no se alejará mucho de esta última, será media; quando aquella estará remotísima de esta será ínfima: deberán últimamente distinguir en cada delito [1] en la sancion penal, á mas de la pena que corresponde al dolo, la que corresponde á la culpa máxîma, media y mínima [2].

Estos son los otros cánones legislativos que dependen de los principios que quedan sentados. Volvamos á ellos, y continuemos esta importante analisis.

1 Entiéndase de aquellos que pueden cometerse con culpa; pues hay algunos que no son susceptibles de ella: como el asesinato, el hurto, &c.

2 Segun el plan que hemos propuesto para los juicios criminales los jueces del hecho, combinando las circunstancias de la accion con estas reglas, deberán señalar á qué grado de culpa pertenece aquella; y los jueces del derecho deberán hallar en la ley la pena establecida para aquel grado de culpa. Véase lo que hemos dicho en la primera parte de este libro, cap. 19. artic. 7.

Queda dicho que las acciones involuntarias son aquellas que proceden de la violencia ó de la ignorancia ; que la violencia es el empuje de una fuerza externa que sin embargo del disenso de la voluntad arrastra ácia su direccion; que la ignorancia relativa á la accion es el estado del hombre que no conoce el fin ni las circunstancias , y de consiguiente las acciones contrarias á las leyes que proceden , ó de esta violencia , ó de esta ignorancia , siendo involuntarias no son imputables , y no siendo imputables no deben castigarse. La aplicacion que debe hacerse de este principio se halla en el mismo principio : y el canon general que de él se deriva está expreso enteramente en la conseqüencia que hemos deducido : y es tal su evidencia que seria ociosa toda demostracion. ¿ Pero podrá decirse lo mismo de las dos qüestiones á que nos lleva la explicacion de este principio incontrastable ? ¿Qué deberemos decir de aquellas acciones que en cierto modo las produce al mismo tiempo la fuerza y la volun-

tad, la ignorancia y el conocimiento? Empezando por las primeras, á las quales Aristóteles llama mixtas [1], basta dar una ojeada sobre los varios accidentes de la vida para conocer que el hombre puede hallarse alguna vez en la dura necesidad de elegir entre dos males. La eleccion del mal que él prefiere en estas circunstancias es cierto que depende de su libertad, *supuesto que ninguno es ladron ni tirano de ella* [2]; pero su misma voluntad le hubiera apartado de este mal, si la necesidad de evitar otro no le obligára á esta eleccion. El piloto que vé su naufragio inevitable sino disminuye el peso del navío echa al mar las mercaderías: esta accion es voluntaria [3], ¿pero la hubiera

1 Aristot. *Moral. ad Nicomach. lib.* 3. *cap.* 1.

2 Esta sentencia es del célebre Epicteto.

3 *Nemo enim sponte absolute* (*in tempestatibus*) *sua abjicit, sed ob salutem tum suam, tum aliorum, omnes, modo mentis compotes sint, facere id videntur. Mixtæ igitur hujusmodi actiones quum sint, spontaneis tamen magis sint similes.* Arist. *ibid.*

executado sino le hubiese precisado á ello la necesidad de evitar el naufragio? ¿Si el tirano pone en mi mano un puñal, y me hace saber por sus ministros, que he de perder la vida, ó cometer un asesinato, qualquiera de estos dos males que yo elija, le elegiria fuera de estas duras circunstancias?

Dexemos á los moralistas el exâmen de los principios que deben dirigir el fuero interior, y acordándome de quan diferente es mi ministerio me contento con exponer lo que deben determinar las leyes sobre esta especie de acciones.

Tres cánones generales bastarán para que el legislador resuelva todos los casos posibles comprehendidos en esta qüestion. Suplico á mis lectores que se acuerden, que si las leyes civiles deben inspirar en el hombre la perfeccion, no pueden empero pedirla de él: pueden dar el heroismo de los mártires, como la religion los ha dado á la fé; pero no pueden como la religion castigar á aquellos que no tienen el valor que pide semejante esfuerzo. Baxo este su-

puesto les suplico que observen los tres cánones siguientes, cuyo exâmen y juicio dexo á los mismos.

1. Entre dos males iguales jamás debe castigarse la eleccion de uno de ellos.

2 Entre dos males desiguales no debe castigarse la eleccion del menor de ellos; pero sí la eleccion del mayor, sino es que medie algun interes personal.

3. Entre dos males desiguales el menor de los quales perjudica los intereses de aquel que está obligado á la eleccion, la preferencia dada por él al mayor mal no deberá ser castigada sino en solo el caso en que el mal personal que se evita es muy leve, y que podia muy bien sobrellevarle y sufrirle, y aquel que elige es muy grave y muy perjudicial á todo el cuerpo de la sociedad, ó á otro hombre [1].

[1] No parecerá superfluo el advertir que, segun nuestro plan, el exâmen de la igualdad ó desigualdad de los males deberá hacerse por los jueces del hecho, y la aplicacion del canon legislativo por los jueces del derecho. Estos de-

Exâmine el lector estos cánones y encontrará que están fundados en la razon, y conocerá tambien su oportunidad. Paso á la otra qüestion que mira á las acciones que proceden al mismo tiempo del conocimiento y de la ignorancia. Los delitos cometidos en la embriaguez son el objeto de este exâmen.

El hombre en la embriaguez no conoce el fin ni las circunstancias de la accion, pero antes de embriagarse conoce el fin y las circunstancias del exceso en el beber; sabe quales suelen ser los efectos de la borrachera 1. El que

berán tambien exâminar si el menor mal que se ha evitado heria el interes personal de aquel que ha sido precisado á hacer la eleccion y si esto basta para justificarle. En el capitulo siguiente se explicarán todas las dificultades que pueden ocurrir sobre esta teoría; pues distinguiremos en él tres grados de dolo, como hemos distinguido en este tres grados de culpa.

1 Suplico al lector que compare esto con lo que hemos dicho en el capítulo antecedente sobre la embriaguez en los climas extremamente frios: y conocerá que lo que aqui decimos no debe tener lugar en los paises situados en estos climas.

quiere la causa, no puede negar que quiere los efectos. La ignorancia, pues, del embriagado no excluye de sus acciones la voluntad, porque su ignorancia es voluntaria: antes de embriagarse conocia el fin y las circunstancias del exceso que iba á cometer; conocia, pues, tambien el fin y las circunstancias de las acciones que dependen de la embriaguez. Sirviéndome de los términos de la escuela diré, que si la violacion de la ley estando embriagado no depende de una voluntad *inmediata* y de ningun modo imputable, debe castigarse, porque depende de una voluntad *mediata*. Pero se pregunta, ¿si será digna de castigo en quanto al dolo, ó en quanto á la culpa? ¿Quál es la diferencia que se halla entre la violacion de la ley por culpa, ó por el desorden de la razon nacido de la embriaguez? ¿En uno y otro caso el efecto que la accion ha producido no es tal vez diferente del que se habia propuesto conseguir el que obra? ¿Quál es el hombre que se embriaga para matar á otro hombre?

¿La voluntad de exponerse al riesgo de violar la ley, no es por ventura la sola causa que debe hacer imputable la una y la otra accion? ¿Cómo puede pretenderse que una misma causa produzca efectos diferentes? La mayor pena, pues, que las leyes pueden señalar á las acciones cometidas en la embriaguez, no debe exceder á la que impone á las mismas acciones cometidas por culpa máxîma [1]; no deberá, pues, jamás igualar á las penas del dolo.

Pero esta conseqüencia es erronea, porque es erroneo el principio del qual se deduce. Se halla una gran diferencia entre la violacion de la ley por culpa, y la cometida en la embriaguez. En la primera accion que ha producido el efecto contrario á la ley es por sí misma indiferente; en la otra se halla cierto mal en la causa y cierto mal en el efecto. El tirar á una liebre que huye, no es por su naturaleza una accion ma-

1 Esta que nosotros llamamos *culpa máxima*, los moralistas llaman *lata*.

la; pero llega á serlo si por matar la liebre me pongo en riesgo de matar á un hombre. Al contrario la destemplanza en el beber, la pérdida voluntaria de la razon es por sí misma una accion mala: de aquí nace un doble mal si en la embriaguez se comete otro delito. En la violacion de la ley por culpa el legislador solamente debe castigar una accion mala; y en la cometida en la embriaguez debe castigar dos.

Añádese: que en la violacion de la ley por culpa se halla el daño ocasionado á la sociedad, pero no se halla escándalo; uno y otro interviene en la violacion por embriaguez. Ultimamente si atendemos la inclinacion demasiado freqüente ácia este vicio; las ventajas que se consiguen en alejar de él en lo posible á los hombres; la dificultad que se halla en probar que no exîstió tal embriaguez; la facilidad que se hallaria en burlar el rigor de la ley por este medio, si la embriaguez librase al delinqüente de parte de la pena: si añadimos, digo, estas reflexìones á las an-

tecedentes veremos que lejos de ser reprehendidos de demasiado severos, deben seguirse aquellos legisladores que han castigado con la misma pena la violacion de la ley cometida en la embriaguez, que aquella donde evidentemente intervino dolo: solamente podrá la ley establecer que la pena sea la que corresponde al mínimo grado de dolo. El lector comprehenderá esto quando haya leido el capítulo siguiente.

Explicados todos estos principios; determinados y establecidos todos estos cánones; exâminadas todas estas reglas relativas á la exîstencia y al concurso de la voluntad, solamente tenemos que reflexîonar sobre la definicion que hemos dado del delito para conocer que hasta ahora aun no hemos dicho quanto debe decirse. Si para formar el delito es necesario el concurso de la voluntad con el acto, de la misma manera que hemos resuelto y determinado quanto mira á la voluntad, debemos determinar quanto mira y toca á la manifestacion de esta por el acto.

Está fuera de toda duda, que la voluntad sola de delinquir no puede formar el delito civil. El juzgar de los corazones está reservado á la divinidad que conoce nuestros pensamientos, y de la misma manera que premia el asenso de nuestra voluntad al bien, aunque no vaya unido á la obra: así castiga su asenso al mal que hemos querido, aunque no se haya puesto en execucion. Dexemos, pues, á la religion el espantar con sus terribles amenazas las ocultas y malvadas voluntades de los hombres, y no busquemos en las leyes, que son obra del hombre, lo que debemos buscar en la religion, que es obra de Dios. La ley no puede castigar el acto sin la voluntad, ni la voluntad sin el acto.

Cogitationis pœnam nemo patitur 1.

Esta era una regla del derecho romano; regla ignorada de la jurisprudencia de los tiranos; regla que Dionisio violó hasta tal término que tuvo por

1 *L. 19. D. pœnis.*

lícito castigar los sueños como señales de los pensamientos [1].

Pero se pregunta: ¿el acto que la ley debe castigar es solamente el que encierra en sí la violacion de la ley, ó tambien aquel que manifiesta la intencion de violarla? ¿El conato, la simple y nuda tentativa del delito debe ser castigada como el mismo delito consumado y fenecido [2]? Estas qüestiones han dividido á los jurisconsultos, á los in-

1 Plutarco nos ha conservado el nombre de esta víctima de la jurisprudencia de los tiranos que fue un tal Marsia que habia soñado matar al tirano.

2 En punto de tanta gravedad no puedo dexar de extenderme en referir la opinion de nuestro sábio y juicioso magistrado D. Manuel de Lardizabal. Este en su *discurso sobre las penas*, *cap.* 4. §. 2. *núm.* 22. *y sig.* despues de haber expuesto la sentencia de algunos intérpretes del derecho comun, la de Binkersoek, y la disposicion de la *L.* 2. *tit.* 31. *part.* 7. se explica en estos términos: " Pero quando se ,, trata de la reforma de las leyes es preciso ex- ,, poner las razones, que en mi juicio prueban ,, convincentemente, que en ningun delito se de- ,, be castigar el conato con la misma pena que ,, el efecto, y quanto mas atroz fuere el delito,

térpretes y á los legisladores; pero no-

,,tanto mas se debe seguir esta regla por pedir-
,,lo asi la pública utilidad.

,,El primero y principal, ó por mejor decir, todo el objeto de las leyes penales, segun nuestros principios, es el bien de la sociedad y de los particulares que la componen. Por eso mientras mayor fuere el perjuicio que puede seguirse de algun delito, tanto mas importa evitarle, y tanto mas deben valerse las leyes de todos los medios posibles para conseguirlo. Esto supuesto, no hay duda, que entre el conato y la consumacion del delito hay algun intervalo, y por consiguiente puede haber lugar al arrepentimiento. Conviene, pues, al bien de la sociedad, que en vez de poner obstáculos que impidan este arrepentimiento, le faciliten y promuevan las leyes por todos los medios posibles, pues quantas veces se verificare, otros tantos delitos se evitarán.

,,Pero ¿quién habrá que habiendo empezado á cometer un delito desista de su empresa, si sabe, que aunque desista, ha de sufrir la misma pena que si hubiera consumado la accion? ¿No es esto por el contrario cerrar enteramente la puerta al arrepentimiento, y poner estímulos, no solo para que se lleve á efecto el intento, sino tambien acaso para que se acelere y precipite la execucion?

,,Pongamos el exemplo en uno de los casos comprehendidos en la ley de partida arriba citada. Si un hombre intenta matar á otro, y

sotros las resolveremos valiéndonos de

,,comenzáre á ponerlo por obra, yendo contra ,,él con armas, ó estando acechándole en algun ,,lugar para matarle, *magüer non lo cumpliese*, ,,dice la ley, *meresce ser escarmentado así co-* ,,*mo si lo oviese cumplido*. Este hombre cons- ,,tituido en tales circunstancias, ¿quién duda ,,que discurriria de esta suerte? Aunque yo no ,,mate á mi enemigo, por solo haberlo inten- ,,tado ya he de sufrir la misma pena que si le ,,matára; pues si de todos modos he de perder ,,la vida, quiero tener á lo menos el gusto de ,,satisfacer la pasion que me impele á hacer ,,este atentado.

,,Por el contrario, si el que comenzó á co- ,,meter un delito sabe que si desiste de su de- ,,prabado intento ha de ser castigado con menos ,,severidad que si le pone en execucion, ¿quán- ,,tas veces el amor á la vida, ó el temor de la ,,mayor pena contrapesarán los impulsos de las ,,pasiones, é impedirán el daño que recibiria la ,,sociedad con la consumacion del delito? Quien ,,no crea que los hombres, generalmente hablan- ,,do, discurren y obran de esta suerte, no cono- ,,ce el corazon humano, ni la depravacion de ,,nuestra naturaleza.

,,Por otra parte, segun los principios senta- ,,dos en este discurso, los delitos desiguales en ,,gravedad no deben castigarse con penas igua- ,,les y nadie ignora que el conato de delinquir, ,,aunque es malo, no es tanto como la entera ,,consumacion del delito, y por consiguiente no

los principios incontrastables de la jus-

„debe castigarse con la misma pena. Esta re-
„gla dictada por la misma equidad solo podria
„traspasarse por el bien de la sociedad, quan-
„do el imponer la misma pena al conato que
„al efecto fuese un medio cierto y seguro de
„evitar los delitos mas atroces; pero de lo di-
„cho hasta aquí parece inferirse lo contrario:
„luego es cierto que mientras mas atroz fuere
„el delito, tanto mas importa al bien público
„que el conato no se castigue con la misma pe-
„na que el delito. . . . .

„De las razones expuestas parece inferirse
„que si el conato llegase hasta el acto mismo
„de consumar el delito, aunque efectivamen-
„te no se consume por algun accidente, como
„si uno, por exemplo, diere á otro veneno,
„y no produxere el efecto que era regular y se
„esperaba: si con ánimo de matarle le hirió
„mortalmente; pero no murió por alguna ca-
„sualidad: en estos casos se debe castigar el
„conato con la misma pena que el efecto, por-
„que la pena no impide el arrepentimiento, que
„no puede haber en tales casos ú otros seme-
„jantes: por otra parte las leyes deben poner
„todos los obstáculos posibles para que los hom-
„bres no lleguen á semejantes extremos. Este
„me parece que es el verdadero sentido de
„aquella ley del Exôdo XXI. 12. *El que hirie-*
„*re á un hombre queriendole matar, muera por*
„*ello.*" Qualquiera lector atento conocerá la
fuerza de estas razones, y quedará convencido

ticia y de la razon [1]. No nos apartemos de los principios que quedan sentados. Se ha dicho que el delito consiste en la violacion de la ley acompañada de la voluntad de violarla: quando se manifiesta, pues, la voluntad de violar la ley, pero no se manifiesta con la accion prohibida por la ley, no exîste entonces delito. Si digo, por exemplo, á otro, he determinado matar á F., quiero sepultar en su seno esta espada que no dexaré de la mano hasta que con ella haya pasado su corazon; andaré en su busca, y no descansaré hasta que le vea tendido á mis pies: ¿si este discurso fuese probado con toda aquella plenitud que la ley requiere podré ser condenado como homicida? ¿Despues de este discurso, por ventura, no podria mudar

de la conformidad de esta opinion con los principios de una sana jurisprudencia (N. T.)

1 Véase la opinion de Binkershoek, y la contraria de Cuyacio sobre la *L.* 14. *D. ad Leg Corn. de Sicar.*, que dice: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus.* El primero en el *lib.* 3. *cap.* 10. *observ.* y el segundo en el *lib.* 19. *observ.* 10.

de voluntad? ¿no podria llegar á ser amigo de aquel á quien aborrecia, y defensor de aquel á quien habia determinado matar? ¿Podrá la ley, por ventura, castigarme por un delito que aun no he cometido? [1]

Al contrario si digo, ó escribo á un asesino: anda y mata á mi enemigo, te daré en precio tanta cantidad, que te será pagada en el instante en que me des una prueba del feliz éxîto de tu comision: ¿en este caso aunque el asesino no salga bien de su empresa, si se prueba la comision, ó se ha cogido la carta órden antes que se executase el atentado, no seria digno de sufrir la misma pena á que se me hubiera condenado si el homicidio se hubiera cometido? Seguramente que sí, porque el acto con que he manifestado mi voluntad por sí mismo es contrario á la

[1] En este caso la ley obligará al magistrado encargado de mantener la paz á que asegure mi persona hasta que enteramente me haya apartado del delito: pero esto no será pena que se me imponga, sino medio para impedir el tal delito.

ley. En el instante en que he inducido á el asesino á violarla, yo mismo la he violado. La causa para el delito está ya dada, y que muera ó no el tal, por mi parte he cometido el delito.

Lo mismo puede decirse de la conjuracion. Si declaro á una, ó muchas personas el ánimo que tengo de tramar una conjuracion contra el gobierno; si se prueba esta declaracion que yo hice á los otros, el magistrado solamente podrá asegurarse de mi persona hasta que esté seguro de que yo he abandonado mi pérfido designio: pero de ningun modo podré ser condenado á la rigurosa pena señalada en la ley contra la conjuracion. Al contrario si en el silencio de la noche y en el recinto de mi casa convoco á los conjurados; doy las disposiciones necesarias para el horrendo atentado; reparto armas; recibo de aquellos el juramento terrible de fidelidad y de secreto; y hago correr la copa, y que beban en señal de la venganza y del estrago, segun el antiguo ritu; si acabado este congreso se descu-

bre la conjuracion, y son sorprehendidos los conjurados antes que llegase el momento de declararse aquella: ¿en este caso, por ventura, yo y los demas cómplices no seremos dignos de la misma pena que se nos hubiera impuesto si el horrendo atentado hubiese tenido efecto? En el primer caso no he manifestado mi voluntad por algun acto prohibido en la ley; en el segundo los cómplices y yo hemos manifestado nuestra voluntad por algunas acciones condenadas en el derecho. En el primer caso hay voluntad de violar la ley, pero no se ha faltado á ella, en el segundo caso se ha violado la ley, y hay voluntad de violarla; en el primer caso, pues, aun no hay delito, y sí en el segundo.

De estas premisas podemos deducir el siguiente canon general, por el qual podrá el legislador resolver todos los casos posibles comprehendidos en la qüestion.

La voluntad de violar la ley no constituye delito, sino quando se manifiesta por algun acto prohibido en la

misma ley, y solo en esta hipotesi el conato del delito debe castigarse como si el delito fuese consumado y fenecido [1].

Establecido este canon veo se declara contra mí todo el esquadron de los modernos Juristas: segun tus mismos principios, me dirán, el daño ocasionado á la sociedad sino es la única, á lo menos es una de las principales medidas de la gravedad del delito [2]. ¿Cómo puede, pues, pretenderse que se den algunos casos en los quales el delito intentado, pero no fenecido ni acabado, sea castigado igualmente que el delito intentado y llevado á execucion? ¿El daño que recibe la sociedad en este segundo caso, no es mucho mayor que el que recibe en el primero?

Pero esta objecion solamente tiene fuerza á primera vista, y basta para ver su debilidad el desentrañarla.

¿Quál es el objeto, pregunto, que la ley se propone en el castigo? ¿Es por

1 Véase el cap. 1. de esta segunda parte.

2 Veanse los principios generales que quedan sentados en el citado capitulo.

ventura la venganza del daño que el delinqüente ha ocasionado á la sociedad, ó la seguridad y la instruccion de los demas? Ya lo hemos dicho y demostrado. La venganza es una pasion de que la ley está exênta; y mis contrarios son los primeros á confesar que fenecida la barbarie, quando el estado civil de un pueblo se ha perfeccionado, no puede ser otro el fin de la pena que la seguridad y la instruccion. Si la pena, pues, que se sigue al delito solamente tiene por objeto asegurar á la sociedad de la perfidia del delinqüente, y á apartar á los demas de que imiten su exemplo; en la voluntad de violar la ley que se ha manifestado por alguna accion prohibida en la misma, se encuentran uno y otro motivo para la pena. El delinqüente ha manifestado su perfidia, y la sociedad ha recibido este funesto exemplo: así que el suceso haya, ó no correspondido al atentado exîsten igualmente estas dos causas para el castigo. La misma causa, pues, debe producir el mismo efecto, y este efecto es la igualdad de la pena.

Añádese: el delito, como se ha dicho en otra parte [1], es la violacion de un pacto: á medida que el pacto al qual se falta es mas precioso para la sociedad la pena debe ser mayor, tanto porque la sociedad tiene mayor motivo para temer al delinqüente, como porque tiene mayor interes en apartar á los demas de imitar este exemplo. En nuestra hipotesi se ha faltado al pacto aunque el efecto de la accion no haya correspondido á los designios del malvado: la pena, pues, debe ser la misma que merecia si hubiese conseguido el fin.

Estos principios van acompañados de la evidencia, y sería ocioso el detenernos en demostrarlos y explicarlos mas. Para reducir á pocos principios y á un solo capítulo una materia tan vasta he tenido que valerme de la concision, de lo que quedarán disgustados muchos de mis lectores; pero yo me he propuesto instruir y no agradar. Determinada la naturaleza del delito en general, y es-

1 En el cap. I. ya citado.

tablecidos todos los principios y todos los cánones legislativos que de ella dependen, pasemos á exâminar la medida de los delitos, para ver despues la proporcion de estos con las penas.

CAPÍTULO XXXVIII.

De la medida de los delitos.

Las acciones opuestas á las leyes son, como queda dicho [1], unos quebrantamientos de los pactos sociales, siendo las fórmulas que expresan á estos las mismas leyes. La sociedad interesa en que cada pacto sea escrupulosamente observado; pero este interes no es ni puede ser relativamente igual á todos los pactos sociales: es mayor en aquellos que tienen mayor influencia en el órden social, y menor en aquellos cuya influencia es menor. La primera medida, pues, del delito, ó sea de la accion contraria á la ley, será la influencia que

1 Ibidem.

tiene el pacto expresado en la misma, y al que falta el delinqüente, sobre la conservacion de este órden. Esta medida manifestará los diferentes grados de malicia entre la violacion de una ley y la violacion de otra. Manifestará la diferencia entre el asesinato, por exemplo, y el hurto; entre el regicidio y el homicidio; entre el peculato y la expilacion de mi herencia. ¿Pero manifestará igualmente la diferencia entre la violacion de una misma ley que va acompañada de varias circunstancias? Un hombre puede matar á otro en el ímpetu de la cólera, puede matarle á sangre fria, puede manifestar en el modo mas ó menos crueldad, mas ó menos perfidia. El pacto á que ha faltado es siempre el mismo; en el uno y otro caso es siempre aquel por el qual se obligó á respetar la vida de sus semejantes, ¿pero puede decirse que en el uno y otro caso merece igual castigo, y que es igualmente reo? Si la medida del delito está destinada para regular la cantidad de la pena; y si el fin de la ley en el castigo

es apartar á aquel que aun no la ha violado de imitar el exemplo del que ha faltado á ella, y asegurar á la sociedad de los males venideros que podria ocasionarle el delinqüente si la pena no le corrigiese, ó no le imposibilitase de poderla ofender mas; ¿siendo estos dos los solos objetos de las penas, por ventura el último de ellos no pide que aquel que violando la ley ha manifestado mayor malicia de corazon y mayor disposicion para violar las demas, sea castigado con mayor severidad que aquel que faltando á la misma ley y al mismo pacto no ha manifestado un corazon tan perverso, ni se ha hecho tan temible á la sociedad? Las circunstancias, pues, que acompañan á un mismo delito pueden hacerle mas ó menos grave, y que merezca mayor ó menor pena. ¿Pero cómo podremos reducir esto á una medida general? Este es el tropiezo que debe superarse. Si por circunstancias de un delito entendemos todo quanto en el errado sistema de la presente legislacion se comprehende ba-

xo este nombre, será ocioso y vano buscar el modo de señalar una medida general. No habiendo sabido distinguir nuestros legisladores los delitos por sus objetos, los distinguieron por sus circunstancias : y llamaron circunstancias de un delito no solamente aquel hecho que aumenta ó disminuye su valor, sino tambien aquel que altera, segun el plan de division que luego expondremos, la qualidad del delito y lo hace mudar de especie : han tenido, por exemplo, por circunstancias del homicidio la condicion política del muerto; pero, segun el plan de nuestra division, el matar á un magistrado y el matar á un privado ciudadano son dos delitos diferentes entre sí, y de qualidad y de especie diversa y que contienen en sí la violacion de dos pactos diferentes, y no la de solo un pacto con diversas circunstancias. El pacto á que se faltó en el primer caso tiene mayor influencia en el orden social que el que se violó por el segundo. La primera medida, pues, establecida por nosotros regulará el fin

de la pena en el uno y en el otro delito.

El lugar tambien, segun nuestra jurisprudencia, es una circunstancia del delito; pero el matar á un hombre en un templo y el matarle en el lupanar son, segun nuestro plan, dos delitos de diversa especie; por el primero se violan dos pactos, y por el segundo solo uno. Con lo primero se falta al pacto por el qual nos obligamos á respetar la vida de nuestros semejantes, y á aquel por el qual nos obligamos á respetar el culto patrio; con lo segundo solamente se viola el primero de estos pactos. El autor del primer delito será homicida y sacrílego al mismo tiempo; y el autor del segundo solamente será homicida.

No confundamos, pues, las ideas de las cosas; no llamemos circunstancias del delito aquellas que mudan la qualidad y la especie; demos este nombre simplemente á aquellas que sin alterar la qualidad del delito lo hacen mas ó menos grave, y digno de mayor ó menor castigo. Consideradas baxo este aspecto no será imposible señalar una medida general.

Del mismo modo que hemos distinguido tres diversos grados de culpa habiendo referido á estos todos los demas, podemos tambien distinguir tres grados diferentes de dolo en cada delito; y de la misma manera que deberá el legislador, como se ha dicho, en cada delito susceptible de culpa señalar para cada uno de los grados pena diferente, así tambien deberá señalar diversa pena para cada uno de los diferentes grados de dolo. Este es el canon general por el qual la ley deberá señalar la exîstencia del mínimo, medio y máxîmo grado de dolo, y reducir á una medida general todas las circunstancias agravantes del delito: » Quando la causa que im- » pele es fuerte, ó la accion se ha co- » metido en el ímpetu de la pasion, el » grado del dolo será el mínimo; quando » la causa que impele es debil, ó la ac- » cion se ha cometido á sangre fria y con » una madura reflexîon, el grado del do- » lo será el medio; quando se ha come- » tido sin causa [1] ó con causa, pero con

1 No ha mucho tiempo que cierto hombre,

» perfidia y con una crueldad atroz, el
» grado del dolo será el máxîmo."

Segun el plan propuesto para el seguimiento de las causas criminales, los *jueces del hecho* combinando las circunstancias del hecho con los caractéres señalados en este canon, deberán decidir qué grado de dolo intervino en el delito cometido por el acusado; pues, como queda dicho, pertenece á los mismos determinar sobre el grado de culpa quando falta el dolo. Despues los jueces del derecho buscarán qué pena ha establecido la ley para aquel delito y para aquel grado de dolo, como deben hacerlo, segun hemos dicho, quando se trata de la culpa [1].

para probar la fuerza de su pólvora, tiró un escopetazo á un infeliz, que no conocia. Este es un homicidio sin causa.

1 En los delitos susceptibles de culpa (pues segun hemos observado en la nota del capítulo antecedente, hay algunos que no lo son) en estos delitos, digo, el legislador debe señalar seis grados de pena, á saber, para la culpa máxîma, media y mínima, y para el dolo máximo, medio y mínimo: pero en los que no son suscepti-

Por este método finalmente, que distingue la qualidad del grado de los delitos, hallará el legislador el modo de resolver todas las infinitas qüestiones pertenecientes á los compañeros y cómplices de qualquier delito. Todos aquellos que directa, ó indirectamente han tenido parte en la violacion de la ley serán reos de aquel delito por el qual se ha faltado á la ley; pero no todos lo serán en igual grado. La qualidad será comun, pero el grado será diferente. Todos han contribuido á la violacion de la ley; pero tal vez no han mostrado todos la misma malicia en la parte que les ha tocado. Los jueces del hecho, pues, segun las reglas propuestas en el canon que queda establecido, decidirán del grado con que cada uno de ellos se ha mostrado reo; y los jueces del derecho sobre esta determinacion señalarán la pena que á cada cómplice toca. He aquí

bles de culpa solamente señalará tres grados de pena correspondientes á los tres del dolo expresados.

como el descubrimiento de un nuevo camino nos saca de todos los obstáculos insuperables del antiguo; y como la metafísica de una ciencia hace facil lo que parece siempre imposible al casuista, que no tiene ojos para descubrir los primeros eslavones de los, quales pende la inmensa y complicada cadena de la misma; y como finalmente quedan reducidas á una general medida las circunstancias que pueden aumentar, ó disminuir el valor del delito. Por este método nos encontramos con dos medidas, la una para distinguir el valor relativo de los diferentes delitos, la otra para distinguir el de un mismo delito acompañado de diferentes circunstancias. La mayor ó menor influencia que el pacto que se ha violado tiene sobre el órden social es la primera; el grado del dolo es la segunda.

Exàmine el lector estas ideas profundamente, y compárelas con aquellas que quedan exàminadas y expuestas en el capítulo antecedente, y verá desvanecidas sus dudas; deshechas y disipa-

das las tinieblas que le escondian el camino que conduce á la perfeccion del sistema penal, verá finalmente que no es un imposible político, como se ha creido hasta ahora, la formacion de un código penal de donde esté desterrado el nombre arbitrario de pena extraordinaria, y donde no se permita al juez hacer de legislador, y se afirmará mas en esta opinion consoladora quando vea que puede conseguirse que haya la debida proporcion entre los delitos y las penas.

CAPÍTULO XXXIX.

De la proporcion entre los delitos y las penas.

La desigualdad entre los delitos demuestra la desigualdad que ha de haber entre las penas; y lo que queda dicho manifiesta bastantemente la necesidad que hay de guardar esta justa proporcion. ¿Pero cómo lo conseguiremos?

Todos conocen que á la violacion de

un pacto debe seguirse la pérdida de un derecho; que á la violacion de un pacto mas precioso debe seguirse la pérdida de un derecho mas precioso; que á la violacion de un pacto menos precioso debe seguirse la pérdida de un derecho menos precioso; que la violacion de un pacto acompañada de ciertas circunstancias que manifiestan que en el delinqüente hay disposicion de violar los demas pactos debe ser castigada con mas rigor, que la violacion del mismo pacto acompañada de circunstancias diferentes; todos conocen finalmente que el que con un solo delito viola muchos pactos debe perder muchos derechos; y el que con solo un delito viola todos los pactos debe perder todos los derechos. Si se exâminan los principios evidentes de la justicia, si se consultan las imprescriptibles reglas de la razon, si se fixa la atencion sobre los intereses sociales, se hallará que la justicia, la razon y el interes público piden igualmente esta deseada proporcion entre los delitos y las penas. ¿De dónde nace, pues,

que no encontramos ni un solo código penal donde se guarde esta proporcion? ¿Deberemos atribuir este mal â la imposibilidad de la empresa, ó á la ignorancia del camino por donde se llega á conseguirla? Señalemos el camino, y dexemos al lector que juzgue de la posibilidad de llegar al fin deseado.

Un simil puede servir mucho para la inteligencia de mis ideas. Debe levantarse un edificio, y se conducen á una plaza cercana y se amontonan sin órden los materiales de que debe componerse, el terreno que estos ocupan es á lo menos veinte veces mayor que el que debe ocupar el edificio. Si por los materiales y por el espacio del terreno que ocupan se debiera juzgar de la grandeza del edificio, los que debian formar la casa de un miserable anunciarian la habitacion de un grande, y los de la casa de un rico anunciarian un palacio real: quando los materiales están aun desordenados el arquitecto oye estos juicios de los ignorantes en el arte y se rie.

Mudemos los nombres y encontrare-

mos el mismo fenómeno en el edificio político de la legislacion criminal.

Quando se representa á nuestra imaginacion como en un caos sin órden y sin reparticion la confusa série de los delitos; quando llamamos nuestra atencion sobre este monton informe, la materia nos parece tan vasta, y su número tan inmenso, que ó nos parece imposible el salir bien en la empresa de formar un código penal donde cada delito tenga su pena proporcionada y señalada por la ley, ó nos parece que este código deberá ser tan extenso que no podrá aplicarse su uso á la práctica, y que serviria de aumentar y multiplicar la confusion y los desórdenes en lugar de disminuirlos.

Pero ordenemos este caos informe, reduzcamos á algunas clases esta confusa série, distingamos aquellas segun los principales objetos á que se refieren las obligaciones sociales, y en cada clase distingamos los delitos segun su qualidad y segun sus grados, y veremos desvanecidas en el instante las

preocupaciones en favor de la imposibilidad del trabajo y de su inmensidad, y se conocerá aquella grande y nueva verdad, que tanto en las cosas físicas como en las morales el órden es el que hace desaparecer la aparente inmensidad de la materia, y la reduce á límites mas estrechos.

La qualidad del delito es el pacto á que se falta; y el grado es el grado de culpa ó de dolo que acompaña á la accion. Es preciso, pues, proporcionar la pena á la qualidad y al grado.

Todas las diferencias que nacen del grado quedan ya determinadas con dos cánones generales en el capítulo antecedente [1]: así no deben estas embarazarnos en la reparticion de los delitos, basta que el legislador, como se ha dicho, establezca aquellos dos cánones, de los quales el uno nos manifiesta el grado de la culpa, y el otro el del dolo, y que á cada especie de delito sus-

1 Véanse los dos cánones relativos á la culpa y al dolo.

ceptible de culpa señale seis grados de pena proporcionada á los tres grados de culpa y á los tres grados de dolo; y en los otros delitos en los quales no puede intervenir culpa, señale tres grados de pena proporcionada á los tres grados de dolo: basta, digo, hacer esta fácil y simple operacion para vencer el mayor obstáculo que impide la perfeccion del código penal, que es proporcionar la pena á los diversos grados de malicia con los quales un mismo delito puede ser cometido. Es verdad que en esta proporcion no podrá en muchos casos hallarse una exâctitud geométrica: pero se hallará siempre cierta exâctitud por la que se conseguirán los efectos políticos y morales que se desean, es decir, que se conseguirá el no castigar igualmente dos reos que violando el mismo pacto han manifestado una notable desigualdad de malicia en la violacion; y el no dexar en el arbitrio del juez el señalar la quantidad y la naturaleza de la pena.

Con estas operaciones se llega á la

proporcion entre la pena y el grado: pero la pena debe ser tambien proporcionada á la qualidad y al grado, es preciso, pues, ver como deba combinarse la proporcion con la una y con el otro.

La qualidad del delito, como se ha dicho, es el pacto á que se falta; la medida del valor de dos delitos diferentes es, como se ha observado en el capítulo antecedente, la influencia que tiene en el órden social el pacto que se viola con uno de los delitos, y la que tiene el que se viola con el otro. La proporcion, pues, entre la pena y la qualidad del delito depende de esta influencia que tiene el pacto á que se faltó en el órden social. El delito con el qual se viola un pacto que tiene mayor influencia en el órden social debe ser castigado con mayor pena que aquel con el qual se viola un pacto que tiene menor influencia. Esta diferencia de pena proporcionada á la qualidad de estos dos delitos, combínese con aquella que debe nacer del grado, y se tendrá la

total proporcion. Paso á explicarme. Supongamos que en aquellos dos delitos pueda intervenir culpa , quiero decir, que para cada uno de ellos el legislador tenga que señalar seis grados de pena relativos á los tres grados de culpa y á los tres grados de dolo : para guardar la proporcion perfecta entre la pena del primer delito y la del segundo, es preciso que la pena del primer delito exceda siempre la del segundo en el mismo grado. Si, por exemplo, la pena del primer delito en el máxîmo grado de dolo es como diez, la del segundo delito en el máxîmo grado de dolo debe ser lo mas como nueve; y si la del primer delito en el grado medio de dolo es como nueve, la del segundo en el grado medio de dolo debe ser lo mas como ocho. Y si la pena del primer delito en el ínfimo grado de culpa es como cinco, la del segundo delito en el ínfimo grado de culpa debe ser lo mas como quatro; y del mismo modo se discurrirá por los otros grados intermedios. Reflexîónese sobre esta progre-

sion, y se verá que, sin alterarse la proporcion que se ha establecido, la pena de un delito menor en cierto grado puede ser mayor que la pena de otro delito mayor en otro grado. El homicidio, por exemplo, es sin duda un delito mayor que el hurto, pues por el primero se falta á un pacto mucho mas precioso que al que se falta por el segundo. La pena, pues, del homicidio en el mismo grado debe ser mucho mayor que la pena del hurto en el mismo grado. Esto es lo que pide la proporcion que queda establecida; pero esta proporcion no se alterará si la pena del hurto cometido con el máxîmo grado de dolo es mayor que la pena del homicidio cometido con uno de los tres grados de culpa, ó con el mínimo grado de dolo; porque la pena, como se ha dicho, debe proporcionarse á la qualidad combinada con el grado. Sentadas estas ideas no es dificil ver como puede conseguirse la proporcion entre las penas y los delitos en el código penal. Valúe el legislador la cantidad re-

lativa de la influencia que tienen en el órden social los varios pactos que se violan con delitos diferentes, señale la mayor pena, qual es la pérdida de todos los derechos contra aquel delito por el qual se violan todos los pactos, y con el máxîmo grado de dolo; y despues pase á aquellos delitos por los quales no se violan todos los pactos, sino aquellos que tienen mayor influencia en el órden social. Establecida la mas exâcta proporcion posible entre la pena de cada grado del primer delito con la pena de cada grado del segundo, pase luego á aquel delito por el qual se violan uno ó mas pactos, que tienen tambien una considerable influencia sobre el órden social, pero menor que la que tienen los pactos violados por el segundo delito; y guarde la misma proporcion entre la pena del segundo delito con la del tercero, que ha guardado entre la pena del primer delito con la del segundo; de modo que la pena de cada uno de los grados del tercer delito sea menór que la pena del grado corres-

pondiente al segundo, y así gradualmente vaya baxando hasta el último delito, que es aquel por el qual se viola un pacto que tiene menos influencia que todos los otros en el órden social.

Este es el camino que prometí señalar, que parecerá mas llano quando se dividan los delitos; pero antes de llegar á este grande objeto es necesario disipar algunas dudas, y señalar cierta excepcion de la regla. Esta será la materia de los dos capítulos siguientes, despues de los quales pasaremos á la division de los delitos.

CAPÍTULO XL.

Apéndice al capitulo antecedente.

¿Podrán las penas de que hemos hablado corresponder á la larga y numerosa progresion de los delitos? ¿Podrá ser siempre reducido á cálculo su verdadero valor? ¿Bastarán aquellas para conseguir la deseada proporcion?

A tres objetos puede reducirse to-

da la qüestion : al número, á la qualidad, y la quantidad. Al número, para exâminar si los materiales de las penas admiten aquella réparticion que admiten los delitos. A la qualidad, para ver como puede guardarse la progresion entre aquellas penas que son entre sí eterogeneas. A la quantidad, para ver si en los mayores delitos se puede conseguir la deseada proporcion sin salir de los límites que hemos señalado y de los que dicta y abraza la moderacion. Procedamos de buena fé, no ocultemos al lector los obstáculos que se oponen á nuestro sistema, hagamos esfuerzos para vencerlos, y no sigamos el exemplo de muchos escritores modernos, que con un despotismo mas irritante que el que ellos mismos condenan, valiéndose de un tono imperioso mas bien que de la razon, y faltando á su ministerio substituyen á la evidencia del raciocinio y á un profundo exâmen el sonido artificioso de una equívoca y brillante expresion, que hace callar al ignorante creyendo que hay en ella escondido

algun arcano, mas el sábio se rie viendo que con este velo se cubre la vanidad y la ignorancia.

Empezando, pues, por el número, creo que si se atiende á el órden con que se debe proceder, segun el plan propuesto en el capítulo antecedente, para conseguir la proporcion entre las penas y los delitos en todo código penal; si volvemos á nuestra memoria lo que se ha dicho y demostrado en aquellos capítulos de esta segunda parte, donde se ha hecho una clara analisis de las cinco clases de penas que dependen de las cinco clases de derechos de que puede ser privado por las leyes y por sus delitos un individuo de la sociedad; si se reflexîona finalmente sobre el aumento prodigioso que el número de las penas puede recibir combinándolas entre sí, ó sea uniendo muchas penas para un solo delito, quando con un solo delito se han violado muchos pactos: se conocerá que los materiales de las penas son bastante copiosos para corresponder al vasto plan que hemos

propuesto. En este plan no hemos pretendido que toda accion contraria á la ley deba castigarse de diferente modo que otra qualquiera accion opuesta tambien á la ley, pero diversa de aquella. En este caso convendria en que los materiales de las penas eran muy limitados para corresponder á toda aquella inmensidad de objetos: pero he explicado bastantemente mis ideas, y no puedo temer que se me atribuya sentencia tan estraña. Está tan lejos de esto mi sistema, que segun el plan de progresion que he propuesto, la pena del mayor delito que se ha cometido con el ínfimo grado de culpa puede ser igual á la pena de otro delito mucho menor cometido con el mayor grado de dolo. De modo que la igualdad de la pena segun nuestro plan entonces destruye la proporcion quando cae sobre el mismo grado en delitos de qualidad diversa. Si, por exemplo, se castiga con la misma pena el homicidio cometido con el máxîmo grado de dolo, y el hurto cometido tambien con el máxîmo gra-

do de dolo, entonces la igualdad de la pena destruiria la deseada proporcion: pero si la pena del homicidio cometido con el mínimo grado de dolo, es igual á la pena del hurto cometido con el máxîmo grado de dolo, la proporcion no queda alterada segun nuestro sistema, porque el valor del delito y la proporcion de la pena dependen de la qualidad combinada con el grado. Una misma pena, pues, puede acomodarse á muchos delitos en grados diferentes, por exemplo, puede acomodarse á un delito en el mínimo grado de culpa, y puede acomodarse á otro de qualidad inferior al primero, pero en el grado medio de culpa, y á otro inferior al segundo en el máxîmo grado de culpa, puede acomodarse á otro inferior al tercero, pero en el mínimo grado de dolo, y acomodarse á otro inferior al quarto en el grado medio de dolo, y puede finalmente acomodarse á otro inferior al quinto, pero en el máxîmo grado de dolo, sin que pueda decirse que queda

alterada la deseada proporcion por el uso repetido que se hace de la misma pena. La única pena, que segun nuestro sistema, no puede acomodarse mas que á un solo delito y en un solo grado, es aquella con la qual debe ser castigado el mayor de los delitos cometido con el máxîmo grado de dolo. La progresion de las penas debe principiar de este primer eslabon, al modo que la progresion de los delitos debe principiar tambien de aquel otro primer eslabon. Esta progresion debe ser como la base del cono, cuyo diámetro debe ser mayor que otro qualquiera diámetro de qualquier otro círculo formado en la superficie del cono.

Ilustrado de este modo nuestro sistema, si unimos á las reflexîones por las quales hemos hecho ver ser menos dificil de lo que se creia la consecucion del efecto deseado, aquellas que manifiestan que el número de los medios que tenemos para conseguirlo es muy abundante, se desvanecerá por sí misma la primera duda propuesta, y quedará

convencido enteramente, como lo espero, el lector.

No quiero repetir lo que queda dicho anteriormente, ni renovar á la memoria del lector las ideas que hemos explicado difusamente en aquellos capítulos de esta segunda parte donde hemos expuesto todas las diferentes especies de penas de que la autoridad legislativa puede usar sin salir de los límites comprehendidos en la moderacion. Si no tiene presentes estas ideas vuelva á leer aquella parte de este libro que se extiende desde el capítulo 7 hasta el 12, y quedará persuadido de que el número de las penas consideradas separadamente es mas abundante de lo que parece á primera vista.

Pero este mismo número puede recibir un grande aumento de la combinacion de las penas: y esto es lo que debemos añadir á lo que queda allí dicho.

Nuestros legisladores han unido las penas quando era necesario separarlas, y las han separado quando era necesa-

rio unirlas. Con esta errada operacion han disminuido al doble los materiales de las penas. Han unido, por exemplo, la infamia á una gran parte de las penas: como al destierro de la patria, ó de cierto lugar, á toda especie de trabajos públicos, á la muerte civil ó natural, á las penas pecuniarias, á la deportacion &c. Que sea ó no el delito infamatorio, muy grave ó muy leve, basta incurrir en una de estas penas para incurrir tambien en la infamia de derecho.

Pocas luces son necesarias para conocer que este método no solamente ha inutilizado la combinacion de las dos penas, sino que tambien ha disminuido el valor de la infamia. Ha inutilizado la union de las dos penas, porque la infamia aplicada de este modo no es ya una conseqüencia del delito, sino un efecto de la pena. Ha disminuido el valor de la infamia, porque, segun hemos demostrado [1], quando esta pena no se reserva para solos los de-

1 En el cap. 8. de esta 2. part.

litos que por su naturaleza son infames; quando se aumenta excesivamente el número de los infames; quando se aplica á aquellas clases de la sociedad que conocen muy poco el honor, viene á disminuirse tanto su valor que llega á ser enteramente inútil.

He dicho que los legisladores no solamente han unido las penas quando era necesario separarlas, sino que tambien las han separado quando era necesario unirlas: y esta segunda parte no es menos verdadera que la primera.

¿Quál es la causa, pregunto, porque en algunos de los códigos penales de la Europa se hallan algunas penas dignas de la crueldad de los mas fieros tiranos? ¿Quál es la causa por la qual en las penas de muerte se atormenta mas ó menos á la infelíz víctima, segun la diversidad de los delitos, antes de sacrificarla á la pública tranquilidad? Se dirá que esto nace de la necesidad que hay de hacer alguna diferencia entre las penas de dos delitos que entrambos merecen la pena de

muerte, pero que el uno de ellos es menos, y el otro es mas funesto y perjudicial á la sociedad. Pero pregunto nuevamente, sin acudir á la ferocidad, sin irritar contra la ley el ánimo del espectador, cuyo ánimo quereis instruir y no corromper, inspirar en él el amor y no el odio á las leyes; pero que corrompeis é irritais castigando con sevicia y crueldad, sin salir de los límites inviolables de la moderacion, ¿no podriais conseguir el mismo efecto uniendo otras penas que no excediesen aquellos límites? ¿Por ventura al reo del delito menor no podria castigarsele solamente con la muerte, y al otro con la muerte y otras penas que fuesen combinables con ella? ¿Por qué separar en este caso las penas quando convenia unirlas?

Mas: se ha separado la marca de la pena por la qual se pierde perpetuamente la libertad personal: pero se ha permitido por otra parte que el infame que trae en su cuerpo impresa la señal de su ignominia y de su delito pudiese

volver á entrar en la sociedad civil. Es restituido á la sociedad un hombre que debe ser ocioso y que no encuentra jamás donde ocupar sus brazos como no sea para ofenderla de nuevo; por lo que pocas luces son necesarias para conocer que es necesario desterrar del código criminal esta pena, ó que es necesario aplicarla solamente á aquellos delitos en los quales la marca puede combinarse con la muerte ó con la pérdida perpetua de la libertad personal. El esclavo de la pena recobrando la libertad despues de haber purgado su delito puede llegar á ser hombre de bien, puede lisonjearse de que el tiempo borrando la memoria de la maldad que ya ha purgado, y un nuevo tenor de vida le abra la entrada para su fortuna y para su gloria: ¿pero estas esperanzas podrán tener entrada en el corazon del infeliz que ha sido degradado para siempre por la marca? Trayendo impreso en su cuerpo la indeleble señal de su delito y de su infamia; temiendo cada instante que se

descubra su ignominia; temblando al acordarse del horror que le causaria este descubrimiento; ¿cómo podrá levantar sus pensamientos entre este abismo de oprobrios hasta tener valor de obrar con espíritu y grandeza? Cerradas para él, tanto por la desconfianza que los demas tienen, como por el conocimiento que tiene él mismo de su ignominia, todas las puertas para su subsistencia, todas las de la industria, de la fortuna y del honor, ¿qué otro partido le queda que tomar sino declarar la guerra á la sociedad, de la que nada puede esperar y buscar en el mismo delito una subsistencia, y cierta celebridad que le niega la virtud? Restituir la libertad á un hombre de esta naturaleza ¿no es acaso lo mismo que soltar un tigre fiero é indomable? Es preciso, pues, abolir esta pena, ó combinarla con la esclavitud perpetua ó con la muerte [1].

1 El lector advertirá que esto es contrario á lo que dixe en el cap. 23. del lib. 2. sobre la

Pero dexemos el exâmen de lo que se ha hecho, y pasemos á lo que debe hacerse.

La union de las penas debe tener dos objetos: multiplicar los materiales de las penas, y facilitar la proporcion entre estas y los delitos. Para conseguir estos dos fines nunca debe el legislador unir inútilmente dos ó mas penas. Si, por exemplo, la pena de muerte basta para castigar el homicidio cometido con el máxîmo grado de dolo, ¿para qué unir en este caso á la muerte la infamia? El homicidio con el máxîmo grado de dolo es siempre inferior al homicidio cometido con el mismo grado de dolo, pero que va acompañado del hurto; y si al homicidio y al hurto se une la concusion en el mismo grado de dolo, tendremos un tercer delito mayor que los otros dos. Que

pena que debia imponerse á las quiebras fraudulentas; mas realmente no hay ninguna contradicion, pues no hago sino corregir cierta idea errada que procuraré reparar en la continuacion de este lib. 3.

se aplique, pues, al primero la muerte sin infamia, al segundo la muerte y la marca de infame; y á la muerte y á la infamia que se añada la pena pecuniaria para el tercero. De este modo deben unirse las penas Sin esta economía sería preciso valerse de un género de muerte tiránico y feroz, ó faltar á la proporcion entre los delitos y las penas. Lo mismo que queda dicho de la pena de muerte puede decirse de las otras penas que admiten combinacion entre sí. ¿Por qué unir inútilmente la pérdida de la libertad á la infamia? ¿Por qué no deben distinguirse los casos ó los delitos en los quales debe unirse la segunda pena á la primera, de aquellos para los quales puede bastar la primera? ¿No bastará por ventura al legislador para corregir las preocupaciones de la opinion pública el mudar los nombres de las penas, y alterar en una corta parte el modo en la execucion, y separar la infamia de aquellas penas á que en el dia está unida, y unirla en solos aquellos casos en que

cree debe unirse á otras? ¿No podrá combinar con la pérdida de la libertad la pena pecuniaria en aquellos casos en los quales no seria oportuno unir á aquella la infamia, y seria una pena muy débil la simple pérdida de la libertad [1].

1 No se me oponga el sistema que siguieron muchas de las legislaciones antiguas de no unir las penas pecuniarias á las aflictivas. *Moderata populi judicia*, dice Ciceron, *sunt à majoribus constituta, primum ut pœna capitis cum pecunia non conjungatur*. Cic. *pro domo sua.* Demostenes nos ha conservado otra ley antigua de los Atenienses semejante á esta: *Pœnæ plures ne irrogantor, quamcumque inflixerint judices, luendam sive in corpore, sive in ære: utramque simul ne irroganto.* Las leyes bárbaras que tantas veces hemos citado convienen con lo mismo. Quando las penas pecuniarias no son consideradas como penas, sino como medida de las transacciones de las penas aflictivas, es cierto que no deben unirse á estas; pero en nuestro plan las penas pecuniarias se tienen por penas, y no por transacciones de otras penas. El *luat in corpore, aut in ære* no debe tener lugar en nuestro sistema: así falta la causa, porque estas penas no podian unirse á las otras. En la misma Roma ya civilizada, quando desaparecieron las antiguas reliquias del

¿Las penas pecuniarias por ventura no podrian unirse á la pérdida ó suspension de las prerogativas del ciudadano, á la exclusion de los cargos públicos, y á qualquiera otra especie de pena en todos aquellos casos en los quales la codicia ha sido causa del delito, y la pena pecuniaria sola no es bastante para castigarlos?

Pocas luces son necesarias para conocer que los materiales de las penas combinados de este modo se aumentarán quatro veces mas. Ya se reflexîone al órden con que debe procederse en la progresion de las penas para guardar la proporcion entre ellas y los de-

sistema bárbaro de las transacciones pecuniarias, hallamos á los jueces que se habian dexado corromper condenados por las leyes á perder sus honores y el quadruplo de quanto habian recibido. *L.* 1. *C. ad leg. jul. repetund.* *L.* 3. *ibid.* El *ambito* castigado con la confiscacion de todos los bienes y la deportacion por Arcadio y Onorio, *C. Theod de ambitu*, y combinadas estas dos penas tambien por el rapto de qualquiera vírgen consagrada á Dios. *L.* 2. C. *Theod. de rapt. vel metr.*

litos, ya se atienda á los materiales de las penas, ó á sus combinaciones, quedará siempre desvanecida la primera duda que se ha propuesto. Con mayor facilidad se deshará la segunda, que mira á la qualidad.

¿Se ha dudado cómo se guardará la progresion entre las penas que son entre sí eterogeneas? ¿Cómo se reducirá á cálculo el valor relativo de las penas pecuniarias y de las penas aflictivas, de la infamia y de la muerte? En una misma clase de penas es muy facil conseguir la progresion porque la comparacion se ha de hacer entre quantidades omogeneas. La simple privacion por exemplo, de la libertad personal es seguramente inferior á la condenacion de los trabajos públicos; y la condenacion á los trabajos públicos por un año es evidentemente inferior á la de dos. ¿Pero cómo se guardará esta progresion quando se pasa de una clase de penas á otra? A esto se reduce la segunda duda.

La pena queda dicho que es la pérdida de un derecho. No todos los de-

rechos son igualmente preciosos, ni un mismo derecho tiene igual estimacion entre todos los pueblos. Hemos demostrado evidentemente esta verdad. Si la pena, pues, es la pérdida de un derecho, si todos los derechos no son igualmente preciosos, y si un mismo derecho puede tener diferente estimacion entre dos diversos pueblos: el legislador no debe hacer otra cosa para determinar el valor relativo de las penas que indagar la estimacion relativa que su pueblo da á los varios derechos, sin que la ciencia legislativa pueda determinar este valor relativo, que varía, como hemos visto, segun varían las circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos; lo mas que puede es señalar los principios generales que debe seguir el legislador en esta operacion: y esto es lo que me parece que he manifestado con bastante claridad en los capítulos precedentes, así no debo volver nuevamente á este asunto 1. En una obra de esta naturaleza

1 Véase el cap. 11.

donde el autor y el lector se hallan, por decirlo así, oprimidos de la inmensidad de los objetos, ¿qué sucederia si se permitiesen inútiles repeticiones?

Pasemos á la duda tercera, que mira á la quantidad de la pena, y se reduce á exâminar cómo se pueda conseguir en los mayores delitos la proporcion deseada sin salir de los límites comprehendidos en los confines de la moderacion, y que quedan señalados por nosotros.

Para desembarazarse de esta duda basta acordarse de cierta verdad que hemos insinuado en otra parte, y conviene explicar aquí. Se ha dicho que en toda pena se halla un valor absoluto y otro de posicion. El primero nace de la estimacion que los individuos de una sociedad dan al derecho que se pierde por la pena, y el segundo del uso que se hace, ó sea del delito contra el qual se impone. De estos dos valores combinados entre sí nace la fuerza y el vigor de las penas: declaremos estas ideas, y tomemos por exemplo al destierro.

En un gobierno libre, segun hemos observado, el destierro de la patria es una gran pena. La estimacion que hace el ciudadano en la democracia del derecho que se pierde con esta pena es grande é iguala al valor que tiene la soberanía.

El destierro, pues, podrá en este gobierno servir de pena proporcionada para los graves delitos; ¿pero en qué términos? Quando solamente se aplique á los delitos graves; pero si la ley castiga con esta misma pena los crímenes mas leves, le quitará toda sú eficacia, y no podrá valerse de ella contra los mayores: tendrá que buscar una nueva pena, y verá que el valor absoluto del destierro ha perdido su fuerza por el valor de posicion que se le ha dado. El ciudadano viendo que se aplica á los delitos leves, se habituará y se le hará menos doloroso y sensible, supuesto que es tal la naturaleza del hombre que unas veces juzga del valor de la causa por los efectos, y otras del valor de los efectos por el de

la causa. Para quedar persuadidos de esta verdad basta conocer la indole de los individuos de nuestra especie.

Sentada esta reflexîon no debemos maravillarnos que la mayor parte de los legisladores hayan tenido por muy limitado el número de las penas comprehendidas en los límites de la moderacion: de modo que se han visto precisados á acudir á la tiranía y á la ferocidad para castigar los mas graves delitos, aquellos, digo, contra los quales han querido inspirar mayor terror. Si hubieran conocido el arte de combinar el valor absoluto con el valor de posicion en cada una de las penas, hubieran llegado á la deseada proporcion entre los delitos y las penas sin dar un paso fuera de los límites inviolables de la moderacion. ¿Qué maravilla, por exemplo, debe causarnos el oir que en el pais mas culto de la Europa, en aquel donde el espíritu de humanidad ha hecho los mayores progresos, donde todo es sensibilidad, delicadeza y fuerza de sentimiento &c. qué maravi-

lla debe causar ver que en los fastos de los Tiberios y de los Nerones, y de los otros monstruos que aterraron el imperio no se encuentre un suplicio mas atroz que el que padeció en esta nacion el asesino del último rey? Si el simple hurto de pocos sueldos cometido con violencia en los caminos públicos, ó sin ella dentro de las paredes domésticas es castigado en este pais con pena de muerte; si en este mismo pais una jóven soltera, guarda infeliz del depósito que la deshonra, debe purgar sobre un infame patíbulo el delito de su honor y de su amor [1]: si el que armado introduce qualquiera género prohibido debe purgar sobre una rueda la corta ganancia de que ha privado á los hombres mas ricos del estado: si este es el abuso que se ha hecho y se

1 En Francia aun conserva su fuerza la absurda ley de Henrique II. que condena á la muerte la jóven que detenida por un sentimiento de honor no se ha atrevido á manifestar su preñez al magistrado, si perece el infante que da á luz.

hace todavía en este pais de la pena mas grave; ¿qué maravilla, pues, que las invenciones mas terribles dictadas por la ferocidad hayan sido agotadas para castigar el mas perjudicial y el mas horrendo de los atentados? El primer daño, el error primero debe necesariamente producir el segundo.

Quando la sangre se ha agotado para castigar los menores delitos, no queda ya, por decirlo así, porcion alguna para el castigo de los mas graves. Quando la muerte se aplica á aquellos delitos que parece los disculpa la naturaleza y el honor, ¿qué penas quedarán para aquellos que ofenden la una y el otro? ¿Cómo se castigará un asesinato atroz, un exêcrable parricidio, y un regicidio por el qual se violan todos los pactos? La ferocidad, la crueldad deberán suplir el abuso que se ha hecho de las penas, y del destino vicioso que se les ha dado. Que se corrija este vicio, que se minoren las penas para los delitos menos graves, que se destruya, en una palabra, la causa

del mal, y cesará en el instante el efecto. Entonces, digo, sin exceder los límites señalados se hallarán las penas proporcionadas para los delitos mas graves; entonces la progresion de las penas podrá seguir la progresion de los delitos, entonces finalmente la pérdida de todos los derechos bastará para castigar la violacion de todos los pactos, y será la pena mayor proporcionada al mayor de los delitos.

Deshechas y desvanecidas las dudas que podian oponerse contra nuestro sistema, paso á exponer con la mayor brevedad la excepcion que he insinuado antes de dividir los delitos.

CAPÍTULO XLI.

Excepcion.

Una excepcion no destruye jamas una regla. Este principio recibido en todas las ciencias debe tener lugar tambien en la de la legislacion, que es la mas complicada entre ellas.

Se ha dicho que el valor del delito depende de la qualidad combinada con el grado: que la qualidad del delito es el pacto á que se falta: que la medida de esta qualidad es la influencia que tiene el pacto que se viola en la conservacion del órden social: y se ha dicho finalmente que debiendo la pena ser proporcionada al valor del delito, y dependiendo este de la qualidad combinada con el grado, se deduce que entre dos delitos de igual grado, pero de qualidad desigual, la pena de aquel por el qual se falta á un pacto que tiene mayor influencia en el órden social debe ser mayor que la pena de otro delito por el qual se falta á un pacto que tiene menor influencia. Esta es la regla general; pasemos á la excepcion.

Si se reflexîona sobre la numerosa série de los delitos se hallarán algunos que por su naturaleza pueden ocultarse mas facilmente que los otros, que son mas dificiles de descubrirse, y mucho mas dificiles tambien de probarse.

La esperanza, pues, de la impunidad debiendo ser mayor en estos delitos que en los otros, la eficacia de la pena será relativamente menor. ¿Qué debe hacer el legislador para ponerla en el debido nivel? Pedir menores pruebas para estos delitos que para los otros, seria, es verdad, corregir la causa del mal; pero se corregiria con otro mal mayor. La inocencia expuesta, la libertad civil ofendida y la calumnia fomentada serian las conseqüencias de este remedio absurdo y perjudicial. Alterar en algun tanto la proporcion entre la pena y el delito; interrumpir el curso de la progresion; imponer al delito que es mas facil de ocultar y de qualidad menor la pena que seria proporcionada á otro delito que no puede ocultarse tan facilmente, y es de una qualidad mayor, aumentar tanto el rigor de la pena quanto baste á compensar la mayor esperanza de la impunidad que le acompaña: este es el remedio mas sencillo que el sábio legislador podrá abrazar para dar á la

sancion penal de estos delitos aquel equilibrio que seria destruido por la facilidad que hay en ocultarlos si no se aumentase el rigor de la pena. Esta es una excepcion de la regla que no la destruye, sino que solamente la suspende en aquellos delitos que por su naturaleza pueden ocultarse mas facilmente que los otros. En la division que daremos de los delitos señalaremos los que son de esta naturaleza sin hacer una clase distinta de ellos, y mostraremos tambien hasta donde debe extenderse esta excepcion. Para que el lector vea los principios sobre que está fundada la justicia de la excepcion propuesta basta que se acuerde de lo que queda dicho sobre el objeto general de las penas. Ya es tiempo de que pasemos á la division de los delitos; este será el objeto de los capítulos siguientes, y la division entre los delitos públicos y privados solamente servirá para regular el órden del proceso.

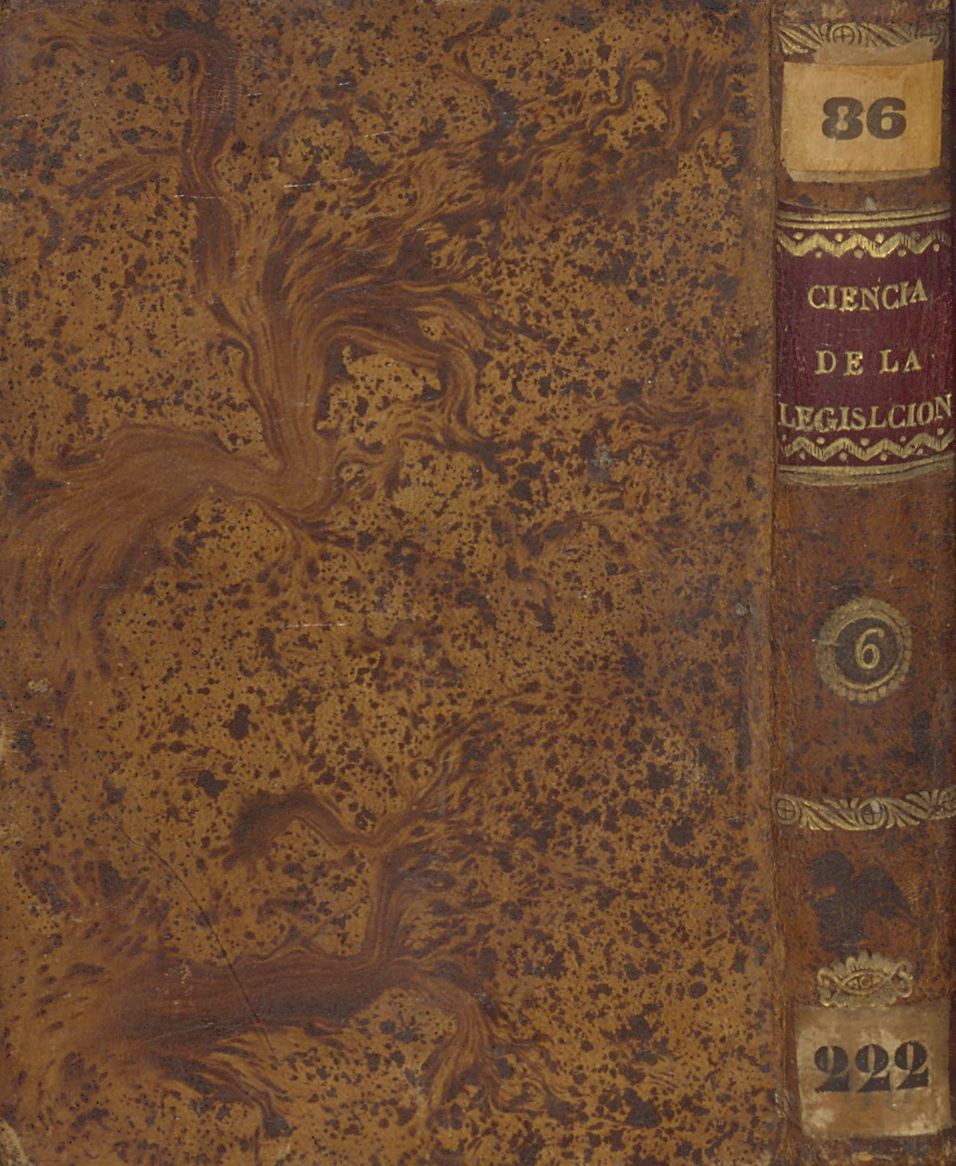
FIN DE LA TERCERA PARTE.

Indice

De lo que contiene este tomo VI:






86
CIENCIA
DE LA
LEGISLCION
6
222



colorchecker CLASSIC
calibrite
mm